CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...
Data: ...

Prin contestaţia înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 21632/10.06.2019, depusă de către ... SA, cu sediul în ... CUI ..., reprezentată convenţional prin Avocat ... şi Avocat ..., cu sediul profesional în ..., formulată împotriva procedurii de atribuire prin licitaţie deschisă a contractului de lucrări având ca obiect „Linia electrică aeriană (LEA) 400 kV dublu circuit (d.c.) Cernavodă – Stâlpu şi racord în staţia Gura Ialomiţei”, organizată de către ... cu sediul în ... în calitate de entitate contractantă, s-a solicitat:

1. Anularea deciziei prin care oferta SC ... SA a fost declarată inacceptabilă şi a procesului verbal în care a fost detaliată evaluarea cerinţelor de calificare de către participanţii la procedură, respectiv procesul-verbal nr. 1495 din 10.01.2019,
2. Anularea raportului procedurii nr. 11.433/30.05.2019 în ceea ce priveşte respingerea ofertei SC ... SA ca inacceptabilă, având în vedere Hotărârea pronunţată de CJUE în cauza C-454/06 Pressetext şi Cauza C-89/92 Ballast Cedam,
3. Anularea raportului procedurii nr.11.433/30.05.2019 în ceea ce priveşte constatarea ofertei depuse de Asocierea ... ca acceptabilă, admisibilă şi câştigătoare dar şi evaluarea de către entitatea contractantă a criteriilor şi cerinţelor de calificare de către ofertantul declarat câştigător, având în vedere mai cu seamă următoarele critici:

a. entitatea contractantă nu a aplicat în mod legal motivele de excludere reglementate la art. 177, 178 şi 180 din Legea nr. 99/2016,
b. entitatea contractantă a încălcat prevederile art. 219 din Legea 99/2019 alin. (1) lit. a) şi b) respectiv a atribuit contractul unui ofertant a

cărei ofertă nu îndeplinea toate cerinţele, condiţiile şi criteriile stabilite prin documentaţia de atribuire,

c. entitatea contractantă a încălcat prevederile art. 221 alin. (2) din Legea nr. 99/2019 determinând prin clarificările/solicitările de clarificare un avantaj semnificativ pentru ofertantul declarat câştigător;

d. entitatea contractantă a încălcat art. 228 alin. (4) - (6) atribuind contractul unui operator economic care a depus o ofertă inacceptabilă/neconformă/neadecvată;

e. entitatea contractantă nu a verificat preţul neobişnuit de scăzut al ofertei declarate câştigătoare şi a atribuit contractul unui ofertant al cărei ofertă nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al preţului sau al costurilor propuse, încălcând prin aceasta prevederile art. 222 alin. (3) din Legea nr. 99/2016.

f. ofertantul declarat câştigător nu a demonstrat că va avea acces sau are acces la resurse financiare necesare executării contractului;

g. oferta declarată câştigătoare prezintă necorelări între propunerea financiară şi propunerea tehnică;

h. în urma verificărilor efectuate de comisia de evaluare prin solicitările de clarificare cu termen de răspuns 04.03.2019, aceasta a creat un avantaj semnificativ pentru Asocierea ... şi a decis în mod nelegal desemnarea drept câştigătoare, a unei oferte care nu îndeplineşte cerinţele, criteriile şi condiţiile stabilite prin documentaţia de atribuire.

4. Anularea actelor ce au stat la baza raportului procedurii, inclusiv şi fără a se limita la următoarele procese verbale:

(i) Procesul verbal privind evaluarea garanţiei de participare, a informaţiilor din DUAE şi a documentelor care-l însoţesc, precum şi îndeplinirea cerinţelor de calificare nr. 1495 din 10.01.2019;

(ii) Procesul verbal nr. 8208 din data 14.02.2019;

(iii) Raportul experţilor cooptaţi şi notele incluse în procesul verbal al şedinţei de evaluare a ofertelor;

(iv) Procesul verbal nr. 7798 din data 13.02.2019, care conţine rezultatul evaluării propunerilor tehnice;

(v) Procesul verbal de evaluare a propunerilor financiare şi

(vi) Orice alt proces verbal ce face parte integrantă din raportul procedurii,

5. Anularea comunicării rezultatului procedurii către SC ... SA nr. 24455/31.05.2019,

6. Anularea tuturor actelor subsecvente raportului procedurii şi conexe acestuia;

7. Anularea deciziei de desemnare a ofertei prezentare de Asocierea ... SA ca ofertă câştigătoare;

II. Anularea procedurii de atribuire în temeiul art. 26 alin. (7) din legea remediilor ţinând seama că nelegalităţile comise de entitatea contractanta nu pot fi remediate ca urmare a anulării tuturor actelor mai sus indicate;

III. Repunerea SC ... SA în termen pentru completarea contestaţiei cu noi motive şi critici de nelegalitate a deciziei entităţii contractante de a declara oferta depusă de Asocierea ... SA ca acceptabilă, admisibilă şi câştigătoare (în plus faţă de cele deja expuse in prezenta), ţinând seama

că ofertantul declarat câştigător şi-a declarat în mod abuziv confidenţială întreaga ofertă (tehnică şi financiară), documentele de calificare precum şi solicitările legate de documentele de calificare;

IV. Obligarea, în temeiul art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, a entităţii contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de prezentul litigiu, reprezentate de costul asistenţei unui reprezentant ales.

Prin adresa nr. 1269/19.06.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 23918/26.06.2019, SC ... SA cu sediul în ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerţului ... şi Cod Unic de Înregistrare ..., lider al Asocierii SC ... SA, în calitate de câştigător al procedurii de atribuire antemenţionată, în contradictoriu cu ... SA, formulează cerere de intervenţie prin care solicită respingerea contestaţiei ca neîntemeiată şi menţinerea raportului procedurii, precum şi actele subsecvente şi conexe acestuia, ca fiind temeinice şi legale.

Contestaţia şi cererea de intervenţie vor fi soluţionate împreună, având în vedere dispoziţiile art. 17 din Legea nr. 101/2016 și art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) şi art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Prin contestaţia înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 21632/10.06.2019, SC ... SA, în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză, critică decizia autorităţii contractante conform căreia, în urma aplicării criteriului de atribuire, oferta sa a fost declarată inacceptabilă.

În susţinerea acţiunii sale, contestatoarea menţionează că în documentaţia de atribuire, la punctul III.1.3.a) Capacitatea tehnică şi/sau profesională, entitatea contractantă a inclus cerinţe privind experienţa în contracte similare constând în: *„Experienţa similară constând în realizarea unor LEA de minim 110kV. Prin realizarea unor LEA de minim 110kV se înţelege atât partea de construcţie/reparaţia LEA de minim 110kV , montare de echipament aferent LEA 110 kV şi servicii de proiectare aferente. Pentru demonstrarea experienţei similare în sensul menţionat mai sus, ofertantul va dovedi, în baza a minim un contract sau mai multe contracte, din care să rezulte că lucrările similare au fost executate în ultimii 5 ani (calculaţi până la data limită de depunere a ofertelor) şi serviciile similare au fost prestate în ultimii 3 ani (...)”.*

Pentru a proba această experienţă, contestatoarea susţine că s-a referit la contractul încheiat şi executat, printr-o societate deţinută 100% şi controlată de aceasta, respectiv ... S.A.

Astfel, contestatoarea a indicat *„Contractul Special de Inginerie, Livrare, Permise, Servitute şi Construcţie în Modalitatea de Livrare parţiale a liniei Charrua - Ancoa 2X500 kV, Primul Circuit, în sistemul de Transmisie pe linia principală a Sistemului Interconectat Central”* încheiat între clientul ... S.A. şi ... S.A. Aceasta din urmă societate este deţinută 100% de SC ... SA şi în plus, în cadrul contractului indicat, ... S.A. a avut calitatea de garant, cu obligaţii reglementate la pagina 27, punctul 19.

Prin deţinerea a 100% din acţiunile societăţii ... SA, contestatoarea deţine totodată controlul absolut asupra activităţii acestei societăţi, realitatea faptică fiind că aceasta din urmă se comportă ca un departament „in house" al SC ... SA, prevalânu-se prin urmare de capacitatea tehnică a societăţii ... S.A. ca şi cum ar fi un departament propriu al său.

Contestatoarea susţine că în cursul procedurii de evaluare, entitatea contractantă i-a transmis la data de 21.11.2018 o solicitare de clarificare a ofertei, solicitându-i să explice după cum urmează:

- Care este raportul juridic dintre ... SA si ...SA,
- Care sunt activităţile realizate de ... SA în contractul indicat între clientul ... S.A. şi ... S.A
- Solicitarea de a preciza cum consideră îndeplinită cerinţa privind experienţa similară solicitată prin fişa de date, având în vedere faptul că rolul ... SA în contract a fost acela de Garant.

În data de 25.11.2019, contestatoarea a răspuns solicitărilor entităţii contractante explicând faptul că ... SA îi aparţine. Acestui răspuns i-a ataşat şi Hotărârea AGA prin care a dovedit acest aspect. Mai precis, la înfiinţare, ... SA era deţinută 99,9% de către SC ... SA însă ulterior, printr-o Hotărâre AGA pe care a transmis-o în copie entităţii contractante aceasta a devenit o societate deţinută 100% de către SC ... SA.

În plus, odată cu acest răspuns la clarificare a transmis entităţii contractante şi un extras din bilanţul anual consolidat, („Situaţiile financiare consolidate ale exerciţiilor 2017, 2016 si 2015 ale Grupului ...”), din care rezultă controlul absolut al SC ... SA asupra societăţii ... SA.

Totodată, a depus şi extras din raportul de audit al situaţiilor financiare anuale consolidate emise de un auditor independent, respectiv societatea KPMG Auditores, din care rezultă că societatea ... SA se află în controlul SC ...R SA şi este deţinută 100% de aceasta.

Prin urmare, contestatoarea a explicat entităţii contractante că prin aceste documente, dovedeşte că îndeplineşte condiţia privind experienţa similară prin afiliatul său, ... SA, societate deţinută în totalitate şi controlată de SC ....SA.

Contestatoarea susţine că a dovedit capacitatea tehnică de a executa contractul, printr-o societate din grupul său, deţinută în totalitate şi controlată de aceasta, ţinând seama că toate resursele acestei companii sunt totodată, în virtutea efectelor dreptului de proprietate şi resursele SC ... SA.

SC ... SA nu este doar un acţionar majoritar al societăţii ... SA, ci o deţine în integralitate, ceea ce arată faptul că dispune efectiv de toate resursele societăţii chiliene în orice moment. Tocmai de aceea, SC ... SA participă la proceduri de atribuire în Uniunea Europeană prevalând-se de experienţa acestei societăţi, iar autorităţi contractante din alte state membre acceptă atare contracte ca probă a capacităţii sale tehnice.

În plus, în piaţa contractelor publice, experienţa în executarea anumitor contracte reprezintă criteriu de atribuire a unor contracte viitoare şi oferă vocaţie pentru calificarea la anumite proceduri de selecţie; aceasta are prin urmare, în sine, valenţa economică, devenind o componentă a patrimoniului societăţii care a executat un anumit contract.

Deţinând societatea ... S.A. în totalitate, SC ... SA deţine inclusiv dreptul cu valenţa patrimonială de a-i fi luată în considerare experienţa similară a acestei societăţi.

Ca atare, prin răspunsul SC ... SA la solicitarea de clarificări din 25.11.2018, a arătat că *... deţine resursele necesare execuţiei unui astfel de proiect.*

Cu toate acestea, astfel cum rezultă din raportul procedurii nr.11.433/30.05.2019, comisia de evaluare a verificat îndeplinirea condiţiilor de participare prin procesul verbal privind evaluarea garanţiei de participare, a informaţiilor din DUAE şi a documentelor ce-l însoţesc precum şi îndeplinirea cerinţelor de calificare şi a decis că oferta depusă de Asocierea ... îndeplineşte condiţiile de participare şi cerinţele minime asociate şi respingerea ofertei SC ... SA ca inacceptabilă.

În opinia contestatoarei, raportul procedurii este nelegal din ambele perspective.

Mai precis, entitatea contractantă a decis că ... SA este un operator economic cu personalitate juridică, diferit de SC ... SA, şi că prin urmare nu poate lua în considerare experienţa societăţii deţinute de SC ... SA, bazându-şi raţionamentul pe dispoziţii de drept comercial român, respectiv art. 42 din Legea nr. 31/1990 conform căruia *„filialele sunt societăţi comerciale cu personalitate juridică şi se înfiinţează în una din formele de societate enumerate la art. 2 şi în condiţiile prevăzute pentru acea formă”.*

Prin urmare, entitatea contractantă a decis că: *„... SA a declarat ca experienţă similară un singur contract în cadrul căruia acesta a avut calitatea de Garant. Contractul a fost îndeplinit de un alt operator economic, respectiv ... SA, Filiala a ofertantului ... SA. (...) Oferta depusă de ofertantul ...SA este inacceptabilă în baza art. 143 alin. (2) lit. b) din HG nr. 394/2016 şi respinsă în baza art. 143 alin. (1) din HG nr. 394/2016”.*

Odată eliminată SC ...SA din procedura competitivă, comisia de evaluare a stabilit că propunerea tehnică şi propunerea financiară a Asocierii ...îndeplinesc cerinţele prevăzute în documentaţia de atribuire. Prin procesele verbale nr. 7798 din 13.02.2019 şi nr. 8208 din 14.02.2019, comisia de evaluare a stabilit că propunerea tehnică şi financiară a Asocierii ...sunt conforme şi acceptabile şi în urma aplicării criteriului de atribuire cel mai bun raport calitate preţ, a acordat acestui ofertant 100 de puncte, declarându-l câştigător.

În data de 31.05.2019, contestatoarei i-a fost transmisă comunicarea rezultatul procedurii precum şi raportul procedurii. Prin aceasta i-a fost comunicată şi motivarea deciziei de respingere a ofertei ca inacceptabilă, raportată la art. 42 din Legea nr. 31/1990 privind definiţia filialei în dreptul român şi constând în acest raţionament succint:

„Ofertantul este operatorul economic ... SA - participant ca ofertant unic cu subcontractanţii declaraţi ... S.R.L. şi ... L&... S.R.L.

Operatorul economic ... SA nu are nicio calitate în procedură, nu este nici asociat, nici terţ susţinător, nici subcontractant.

Operatorul economic ... SA, este o filială a operatorului economic ...SA”.

În opinia contestatoarei, acest raţionament este profund greşit şi în vădită contradicţie cu dreptul european al achiziţiilor publice.

Cu toate acestea, la momentul comunicării motivelor pentru respingerea ofertei contestatoarei, nu i-au fost comunicate şi motivele care au stat la baza evaluării ofertei declarate câştigătoare, din niciun punct de vedere.

Constatând că oferta SC ...SA a fost respinsă cu motivarea lacunară privind definiţia filialei în dreptul românesc, observând că nu i-a fost comunicat niciun motiv/element din evaluarea ofertei Asocierii ... dar observând şi preţul neobişnuit de scăzut propus de ofertantul declarat câştigător, contestatoarea a solicitat, în baza art. 231 alin. (6) din Legea nr. 99/2016, acces la oferta Asocierii ...şi la raportul procedurii.

În cuprinsul raportului procedurii se menţionează că Asocierea ... şi-a declarat întreaga ofertă confidenţială. Mai precis, au declarat ca fiind confidenţiale: (i) documentele de calificare, (ii) propunerea tehnică; (iii) propunerea financiară - graficul de eşalonare, (iv) Clarificările referitoare la documentele de calificare, propunerea tehnică şi propunerea financiară.

Ofertanţii care au fost descalificaţi sau eliminaţi trebuie să fie informaţi de către autorităţile contractante nu doar cu privire la motivele respingerii lor din procedura dar şi cu privire la ofertele care au fost declarate admisibile/acceptabile/câştigătoare şi elementele principale ale acestora. În acest mod, ofertanţilor interesaţi li se permite să verifice în cheie comparativă dacă autoritatea contractantă a respectat principiul tratamentului egal sau dacă, din contră, au fost discriminaţi, aplicându-se un tratament diferit în evaluarea ofertelor.

În cazul de faţă, solicitarea SC ... SA în temeiul art. 231 alin. (6) din Legea nr. 99/2016, nu a fost luată în considerare, deoarece entitatea contractantă nu i-a pus la dispoziţie în timpul vizitei nici procesele verbale ce fac parte integrantă din raportul procedurii, nici propunerea tehnică sau financiară din oferta declarată câştigătoare şi nici documentele de calificare ale ofertantului câştigător sau clarificările cu privire la documentele de clarificare.

Odată cu solicitarea accesului la oferta care a fost declarată câştigătoare, contestatoarea a solicitat totodată acces la:

a) Toate procesele verbale încheiate de autoritatea contractantă în timpul acestei proceduri de atribuire, ce fac parte integrantă din raportul de atribuire;

b) Informaţiile din cadrul ofertelor declarate de asocierea ... SA ca fiind confidenţiale, care nu justifică, în mod obiectiv, un atare caracter.

În data de 05.06.2019, contestatoarea s-a prezentat la sediul entităţii contractante, dar nu i-a fost pus la dispoziţie decât raportul procedurii.

În ceea ce priveşte confidenţializarea întregii oferte depuse de Asocierii ... SA, contestatoarea prezintă următoarele critici:

1. Balanţa între protecţia informaţiilor economice confidenţialitate şi principiul transparenţei a fost nesocotită în procedura de faţă:

Dreptul unui ofertant de a-i fi protejate secretele comerciale sau drepturile de proprietate intelectuală nu pot fi exercitate în mod abuziv.

Prin declararea drept confidenţială a întregii oferte (propunere tehnică şi propunere financiară, dar şi a documentelor de calificare şi clarificărilor privind documentele de calificare), ofertantul declarat câştigător precum şi entitatea contractantă au încălcat principiul transparenţei şi au anihilat dreptul SC ... SA la un remediu eficace, garantat şi protejat nu doar prin efectul Legii nr. 101/2016 privind remediile în domeniul achiziţiilor publice, dar şi prin art. 24 din Constituţie şi art. 47 din Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene, direct aplicabilă în prezenta speţă.

Curtea de Apel Bucureşti a stabilit prin jurisprudenţa sa că documentele de calificare nu pot fi confidenţiale.

În cuprinsul Deciziei nr. 232 din 28 ianuarie 2016 aceasta a stabilit:

Curtea reţine că declaraţiile de confidenţialitate date de petentă nu sunt de natură a împiedica accesul la studiul documentelor de calificare, prin care se dovedeşte experienţă similară. Sub pretextul că documentele sunt confidenţiale, poate fi împiedicat un ofertant să verifice dacă alt ofertant, declarat câştigător, îndeplinea cerinţele de calificare, creând-se astfel posibilitatea ca un act nelegal al autorităţii contractante să fie exclus controlului legalităţii. Instanţa observă că petenta a depus contracte de concesiune, de delegare a gestiunii încheiate cu autorităţi publice, contracte care sunt informaţii publice. (...) Clauza de confidenţialitate are efecte între părţi, însă, în momentul în care au ofertat şi înţeleg să depună un astfel de contract într-o procedură de achiziţie, care prin natura şi esenţa sa este publică, ofertanţii nu pot invoca confidenţialitatea, documentele depuse devenind publice".

În ceea ce priveşte confidenţialitatea ofertei, contestatoarea menţionează că Autoritatea Naţională a Achiziţiilor Publice (ANAP) a stabilit că reprezintă o situaţie de excepţie (de la regula caracterului său de document public), excepţie ce trebuie justificată.

Astfel, în răspuns la o solicitare de consiliere metodologică cu privire la caracterul confidenţial al elementelor/informaţiilor aferente ofertelor depuse de către operatorii economici în cadrul procedurilor şi accesul la dosarul achiziţiei publice, ANAP a răspuns:

Potrivit prevederilor art. 129 alin. (1) din H.G. nr. 394/2016 ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentaţiei de atribuire şi indică, motivat, în cuprinsul acesteia care informaţii din propunerea tehnică şi/sau din propunerea financiară sunt confidenţiale, clasificate sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală, în baza legislaţiei aplicabile. Astfel, din prevederile sus-citate se desprind următoarele concluzii: operatorul economic are dreptul de a declara confidenţiale doar anumite informaţii/părţi din cadrul propunerii tehnice şi/sau financiare, dar are obligaţia de a justifica caracterul confidenţial al acestora.

Cu alte cuvinte, astfel cum a reţinut şi ANAP în consilierea sa metodologică (ce are caracter de soft law, fiind astfel incidentă soluţiei pe care o va pronunţa CNSC cu privire la solicitarea contestatoarei), regulile pentru protecţia informaţiilor confidenţiale sunt următoarele:

a) Oferta poate fi protejată ca informaţie cu caracter confidenţial, doar parţial, nu în întregime;

b) Părţi ale ofertei pot fi protejate ca informaţie cu caracter confidenţial doar dacă ofertantul în cauză a motivat de ce este necesară protecţia;

c) Părţi ale ofertei pot fi protejate ca informaţie cu caracter confidenţial doar dacă dezvăluirea informaţiilor cuprinse în documentele pe care le-a precizat ca fiind confidenţiale este de natură a-i prejudicia interesele legitime, fie faptul că respectivele informaţii sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală sau de secretul comercial;

La aceste reguli se adaugă cea stabilită de către Curtea de Apel Bucureşti conform căreia:

d) Documentele de calificare nu pot fi protejate ca informaţie cu caracter confidenţial.

Contestatoarea menţionează că în practica Tribunalului Bucureşti şi a Curţii de Apel Bucureşti, autorităţile judiciare acordă acces la ofertele a căror confidenţialitate nu a fost justificată. Într-o cauză recentă, Tribunalul Bucureşti a stabilit:

„Analizând cererea de acces la unele documente depuse în cadrul procedurii de achiziţie publice care face obiectul prezentului dosar reţine sub un prim aspect faptul că potrivit art. 19 din Legea 101/2016: (...) Caracterul confidenţial trebuie demonstrat prin orice mijloc de probă iar potrivit dispoziţiilor alineatului 3 al aceluiaşi articol: În sensul alin. (1), documentele sunt marcate sau indicate de către ofertanţi, în mod explicit şi vizibil ca fiind confidenţiale. Consultarea documentelor confidenţiale din oferte este permisă numai cu acordul scris al respectivilor ofertanţi.

Potrivit dispoziţiilor art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016: „Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentaţiei de atribuire şi indică motivat, în cuprinsul acesteia care informaţii din propunerea tehnică şi/sau din propunerea financiară sunt confidenţiale, clasificate sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală, în baza legislaţiei aplicabile.

(...) Din interpretarea coroborată a dispoziţiilor legale mai sus arătate, se reţine faptul că accesul liber şi neîngrădit la documentele depuse în cadrul unei proceduri de achiziţie publică constituie regula şi reprezintă modalitatea concretă de punere în practică a principiului transparenţei care guvernează domeniul achiziţiilor publice, îngrădirea acestui drept făcându-se doar în situaţia de excepţie prevăzută în mod expres, în care documentele depuse în cadrul procedurii au fost declarate de către ofertant ca fiind confidenţiale.

În prezenta cauză, prin declaraţia depusă de ofertantul Asocierea [...] în cadrul procedurii de atribuire a contractului de achiziţie publica având ca obiect [...] acesta a declarat atât oferta tehnică cât şi oferta financiară, în integralitatea lor ca fiind confidenţiale. Justificarea dată de ofertant în cadrul declaraţiei mai sus arătate, conţine trimiteri la sfera secretului comercial definit în art. 1 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 11/1991, ca fiind acele informaţii care îndeplinesc cumulativ următoarele cerinţe 1.sunt secrete în sensul că nu sunt, ca întreg sau astfel cum se prezintă sau se articulează elementele acestora, cunoscute la nivel general sau uşor accesibile persoanelor din cercurile care se ocupă, în mod normal, de tipul de informaţii în cauză; 2. au valoare comercială prin faptul că sunt

secrete; 3. au făcut obiectul unor măsuri rezonabile, în circumstanţele date, luate de către persoana care deţine în mod legal controlul asupra informaţiilor respective, pentru a fi păstrate secrete;

Aşadar, pentru a opera excepţia care are drept efect îngrădirea accesului la unele documente, ofertantul trebuia să facă dovada prin orice mijloc de probă, a faptului că informaţiile cuprinse în oferta depusă îndeplinesc condiţiile prevăzute la art 1 alin. (1) (d) din Legea nr. 11/99, lucru care nu s-a întâmplat.

Pe de alta parte, înscrisurile la care se solicită accesul, fie sunt înscrisuri produse în cadrul procedurii de achiziţie publică şi care emană de la autoritatea contractantă sau priveşte relaţia ofertanţilor cu acesta, fie sunt privitoare la îndeplinirea condiţiilor de calificare, fiind depuse în majoritatea covârşitoare în afara ofertelor tehnice şi financiare. Pentru considerentele de mai sus arătate, instanţa va încuviinţa cererea privind accesul la unele documente şi va dispune descoaserea acestora de la dosarul cauzei şi desprinderea lor la dispoziţia contestatoarei.

De asemenea, contestatoarea învederează faptul că repunerea sa în termenul pentru completarea contestaţiei se impune pentru respectarea dreptului său la apărare şi la un remediu efectiv.

Singura modalitate prin care se poate remedia atingerea adusă dreptului contestatoarei la apărare în prezenta cauză este prin repunerea acesteia în termenul de motivare a contestaţie cu privire la oferta declarată câştigătoare. În măsura în care din analiza dosarului vor rezulta şi alte vicii ale actelor procedurii, în plus faţă de cele invocate în contestaţie, contestatoarei trebuie să-i fie recunoscut dreptul de a le critica.

În acest sens, s-a pronunţat Curtea de Apel Bucureşti, care, în Decizia civilă nr. 4718/12 octombrie 2015, a analizat tardivitatea completării unei contestaţii după studierea dosarului achiziţiei pe rolul CNSC. În speţă, Consiliul acordase acces la dosarul achiziţiei contestatoarei, însă a respins completările acesteia făcute ulterior studiului dosarului ca fiind tardive, o practica recurentă, însă greşită, a Consiliului, ce trebuie reformată.

Astfel, Curtea de Apel a reţinut că:

„În cauza de faţă, Curtea observă că Consiliul a fost sesizat cu o contestaţie conformă, prin care erau prezentate motive de fapt şi de drept în ceea ce priveşte criticarea preţului ofertat de asocierea câştigătoare, însă părţii patente i s-a acordat doar în faţa instanţei de judecată, în procedura plângerii, acces la propunerile tehnice şi financiare, inclusiv clarificărilor acestora aparţinând Asocierii S2.

Într-un astfel de context factual, a aprecia că Asocierea S1 a formulat precizarea plângerii de maniera inadmisibilă sau tardivă determină suportarea de aceasta a unei sarcini excesive şi disproporţionate, din moment ce modalitatea în care partea petentă a procedat nu este rezultatul conduitei sale subiective, ci al opunerii ofertantului câştigător de a avea acces la respectivele înscrisuri esenţiale soluţionării acţiunii, respectiv al opunerii Consiliului, sunt motiv de atingere adusă secretului comercial sau drepturilor de proprietate intelectuală.

Prin adresa din 27.04.2015, asocierea S2 a indicat autorităţii contractante că documentele confidenţiale sunt: a) documentele de calificare; b) propunerea tehnică; c) propunerea financiară; d) răspunsul la clarificări, în situaţie în care acestea există, fără a rezulta ca autoritatea contractantă ar fi cerut o justificare a faptului că, în mod obiectiv, dezvăluirea acestor informaţii ar prejudicia interesele legitime ale operatorului economic, în special în ceea ce priveşte secretul comercial şi proprietatea intelectuală. Or, câtă vreme autoritatea contractantă nu a efectuat niciun demers în scopul determinării realităţii limitelor în care îi incumbă să asigure confidenţialitatea informaţiilor provenind de la asocierea S2, nu se poate prezuma că aceasta a contestat aprecierea acestui ofertant cu privire la caracterul documentaţiei sale şi că ar fi acordat acces nelimitat la aceasta ofertanţilor concurenţi. Cum impedimentul menţionat a dispărut ca efect al dispoziţiei Curţii de Apel Bucureşti luate prin încheierea nr. 11/08.2015 iar cererea precizatoare a fost depusă la 21.08.2015, rezultă că petenta a respectat inclusiv termenul de 10 zile instituit de art. 281 din ordonanţă. Pe cale de consecinţă Curtea va respinge excepţiile inadmisibilităţii şi tardivităţii".

Într-o speţă similară, Curtea de Apel Bucureşti a stabilit că nu sunt inadmisibile motive noi de contestare invocate prin concluzii scrise, ulterior studierii dosarului achiziţiei publice la Consiliu, întrucât autoritatea contractantă i-a refuzat anterior contestatoarei accesul la dosarului achiziţiei. Ofertantul a fost în situaţia de a adăuga noi motive de nelegalitate de îndată ce a luat cunoştinţă de actele dosarului, respectiv din momentul în care acest acces i-a fost permis de Consiliu.

Contestatoarea invocă totodată faptul că raportul procedurii nu este motivat. În lipsa proceselor verbale care expun raţionamentul entităţii contractante, raportul nu prezintă o motivare utilă pentru exercitarea de către contestatoare a dreptului la un remediu eficace.

Raportul procedurii nu este motivat în detaliu cu privire la raţiunile pentru care oferta Asocierii ... a fost considerată admisibilă sau acceptabilă şi nici modalitatea în care ofertantul declarat câştigător îndeplineşte criteriile de calificare şi cerinţele din cuprinsul documentaţiei de atribuire sau modul exact în care entitatea contractantă a evaluat oferta declarată câştigătoare.

Contestatoarea invocă preţul neobişnuit de scăzut al ofertei declarate câştigătoare, necorelarea dintre oferta tehnică şi cea financiară, faptul că entitatea contractantă a creat un avantaj semnificativ prin solicitările de clarificare ofertantului declarat câştigător.

Motivarea actelor administrative este inclusă în sfera condiţiilor de formă exterioară având în vedere faptul că orice act administrativ, fie normativ, fie individual, potrivit exigenţelor Constituţiei, trebuie să fie motivat.

Raportul procedurii este un act administrativ în sensul art. 2 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ. Astfel, prevederile art. 3 din Legea nr. 101/2016 definesc actul autorităţilor contractante ce pot face obiectul unei notificări/contestaţii sau în general remediilor din Legea 101/2016 drept:

a) *act al autorităţii contractante - orice act administrativ, orice operaţiune administrativă care produce sau poate produce efecte juridice, neîndeplinirea în termenul legal a unei obligaţii prevăzute de legislaţia în materie, omisiunea ori refuzul de a emite un act sau de a efectua o anumită operaţiune, în legătură cu sau în cadrul unei proceduri de atribuire prevăzute de art. 68 din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, cu modificările şi completările ulterioare, de art. 82 din Legea nr. 99/2016 privind achiziţiile sectoriale sau de art. 50 din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii;*

Acest act trebuie să fie motivat în sensul dreptului comun - administrativ şi dreptului special - dreptul european şi naţional al achiziţiilor publice. Curtea de Apel Bucureşti a hotărât că *„motivarea unei decizii administrative nu poate fi limitată la considerente legate de competenta emitentului ori la temeiul de drept al acesteia, ci trebuie să conţină şi elementele de fapt care să permită, pe de o parte, destinatarilor să cunoască şi să evalueze temeiurile deciziei, iar pe de altă parte, să facă posibilă exercitarea controlului de legalitate. (...) obligaţia motivării actului administrativ reprezintă o cerinţă de legalitate, acceptată atât pe plan intern, cât şi la nivel comunitar, constituind o garanţie împotriva arbitrariului (Decizia nr. 2973 din data de 10 septembrie 2012 pronunţată în recurs de Curtea de Apel Bucureşti - Secţia a VlII-a Contencios administrativ şi fiscal având ca obiect anulare decizie de eliberare din funcţia publică)”.*

Totodată, în Decizia nr. 1580/2008 pronunţată de ICCJ -Secţia de Contencios Administrativ şi Fiscal, Înalta Curte a reţinut că orice decizie de natură a produce efecte privind drepturile şi libertăţile fundamentale trebuie motivată nu doar din perspectiva competenţei de a emite acel act administrativ, ci şi din perspectiva posibilităţii persoanei şi a societăţii de a aprecia asupra legalităţii şi temeiniciei măsurii, respectiv asupra respectării graniţelor dintre puterea discreţionară şi arbitrariu.

Necesitatea motivării actelor administrative s-a afirmat în numeroase ocazii şi în dreptul administrativ european. De pildă în cauzele C-41/1969C-509/1993 şi C- 367/1997 se reliefează dublul rol al motivării actelor administrative: transparenţa actului şi realizarea controlului judiciar al acestuia.

În materia specifică a achiziţiilor publice, Curtea de Justiţie a Uniunii a afirmat, de asemenea, în numeroase ocazii, obligaţia autorităţilor contractante de a-şi motiva deciziile luate pe parcursul unei proceduri de atribuire. De pildă, în Hotărârea pronunţată în cauza Evropai'ki Dynamiki v EASA, T-297/09, EU:T:2015:184, Tribunalul a reţinut:

„Cu atât mai mult, atunci când o autoritate are o mare discreţie cu privire la măsurile şi deciziile adoptate, garantarea drepturilor fundamentale în procedurile administrative ale Uniunii este de o importanţă majoră. Aceste garanţii includ în particular, obligaţia autorităţii competente de a-şi motiva deciziile. Doar în atare circumstanţe poate Curtea de Justiţie a Uniunii să verifice dacă în cauză a existat sau nu un exces de putere discreţionară (a se vedea şi cauzele Technische Universität Munchen, C 269/90, ECR, EU:C:1991:438, para. 14; Evropaïki Dynamiki v Commission, para. 72, EU:T:2008:324, para. 54; şi 20 May

2009 in VIP Car Solutions vParliament, T89/07, ECR, EU:T.2009:163, para. 61)".

În materia achiziţiilor publice, mai ales a procedurilor care depăşesc pragul valoric menţionat în Directive, este direct incidentă şi Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene care reglementează la art. 41 dreptul la o bună administrare. Acesta stabileşte după cum urmează:

(1) Orice persoană are dreptul de a beneficia, în ce priveşte problemele sale, de un tratament imparţial, echitabil şi într-un termen rezonabil din partea instituţiilor, organelor, oficiilor şi agenţiilor Uniunii.

(2) Acest drept include în principal:

(a) dreptul oricărei persoane de a fi ascultată înainte de luarea oricărei măsuri individuale care ar putea să îi aducă atingere;

(b) dreptul oricărei persoane de acces la dosarul propriu, cu respectarea intereselor legitime legate de confidenţialitate şi de secretul profesional şi comercial;

(c) obligaţia administraţiei de a-şi motiva deciziile.

(3) Orice persoană are dreptul la repararea de către Uniune a prejudiciilor cauzate de către instituţiile sau agenţii acesteia în exercitarea funcţiilor lor, în conformitate cu principiile generale comune legislaţiilor statelor membre.

(4) Orice persoană se poate adresa în scris instituţiilor Uniunii într-una din limbile tratatelor şi trebuie să primească răspuns în aceeaşi limbă.

Prin comunicarea raportului procedurii către contestatoare în forma lacunară în care a fost prezentat la sediul entităţii contractante, aceasta a adus grave atingeri dreptului contestatoarei la apărare.

Nelegalitatea respingerii ofertei contestatoarei ca inacceptabilă, încălcarea de către entitatea contractantă a priorităţii dreptului UE şi a Hotărârilor pronunţate de CJUE în cauza C- 464/05 Pressetext şi Cauza C-389/92 Ballast Cedam şi încălcarea de către entitatea contractantă a supremaţiei dreptului european.

Jurisprudenţa CJUE permite contestatoarei să dovedească îndeplinirea criteriului privind experienţa similară prin raportare la experienţa acumulată de societatea .... SA, deţinută 100% de către ... SA.

Premisa esenţială pentru susţinerile contestatoarei este ca în materia achiziţiilor publice, materie de drept eminamente european, Entităţile Contractante (si instanţele in căile de recurs) sunt obligate să aplice dreptul naţional doar în măsura în care acesta transpune dreptului UE, nu încalcă drepturi ale ofertanţilor garantate de dreptul european şi nu contravin obiectivului urmărit de Directivele în materia achiziţiilor publice.

Mai mult, pentru interpretarea dreptului UE se vor utiliza doar instrumente de interpretare şi concepte de drept UE. Una din multele cauze în care CJUE a statuat acest aspect este Hotărârea din 18 iulie 2007, Comisia Comunităţilor Europene v. Italia, C - 382/05, unde Curtea a reţinut:

definiţia contractului de achiziţii publice de servicii ţine de domeniul dreptului comunitar, astfel încât calificarea în dreptul italian a convenţiilor în litigiu nu este relevantă pentru a stabili dacă acestea din urmă intră în domeniul de aplicare al Directivei 92/50 (a se vedea în acest sens Hotărârea din 20 octombrie 2005, Comisia/Franţa, C-264/03, Rec., p. 1-

8831, punctul 36, şi Hotărârea din 18 ianuarie 2007, Auroux şi alţii, C-220/05, Rep., p. 1-412, punctul 40).

Entitatea contractantă s-a prevalat de un text legal de drept naţional care nu are nicio relevanţă în contextul achiziţiilor publice. Nicio autoritate sau entitate contractantă nu poate limita accesul la o procedură competitivă unei societăţi din UE în baza unei diferenţieri juridice aparţinând dreptului naţional (respectiv relevanţa faptului că filiala are personalitate juridică în vreme ce sucursala nu, în baza prevederilor Legii nr. 31/1991).

Astfel de raţionamente sau bariere la participarea la proceduri de achiziţii publice sunt contrare tocmai scopului ultim al legislaţiei achiziţiilor publice, respectiv interdicţia de discriminare pe criterii de naţionalitate, crearea/adâncirea pieţei unice.

Tocmai Directivele achiziţiilor publice şi legea naţională stabilesc regula conform căreia: *„Entitatea contractantă nu are dreptul de a impune operatorilor economici care participă în comun la procedura de atribuire să adopte sau să constituie o anumită formă juridică pentru depunerea unei oferte sau unei solicitări de participare”.* (a se vedea art. 67 alin. (1) din Legea nr. 99/2019).

O aplicare/concretizare a aceleiaşi interdicţii de discriminare pe motive de naţionalitate se regăseşte şi în prevederea care interzice respingerea unor ofertanţi care, potrivit legislaţiei statului în care sunt stabiliţi să presteze o anumită activitate, pe motiv că în temeiul legislaţiei statului în care se atribuie contractul, sunt obligaţi să fie persoane fizice sau juridice.

Contestatoarea susţine că se poate prevala de experienţa similară a societăţii deţinute de aceasta 100% ... SA în baza dreptului UE şi a jurisprudenţei CJUE.

Astfel, conform definiţiei contractului de lucrări publice, un participant la o procedură de achiziţie publică poate să realizeze lucrarea ce corespunde cerinţelor autorităţii contractante prin orice mijloace, inclusiv prin utilizarea resurselor/criteriilor de calificare ale unui afiliat al său.

Astfel, art. 2 din cuprinsul Directivei 24/2014/UE defineşte contractul de achiziţii publice de lucrări ca fiind acel contract ce are ca obiect:

(a) execuţia, sau atât proiectarea, cât şi execuţia de lucrări legate de una dintre activităţile menţionate în anexa II;

(b) execuţia, sau atât proiectarea, cât şi execuţia unei lucrări;

(c) realizarea, prin orice mijloace, a unei lucrări care corespunde cerinţelor precizate de autoritatea contractantă care exercită o influenţă decisivă asupra tipului sau proiectului lucrării.

Această definiţie a fost menţinută în legea naţională. Contractul sectorial de achiziţii de lucrări publice a fost definit la art. 13 punctul 12 1) ad literam faţă de definiţia de mai sus.

Tocmai de aceea, CJUE a decis că în procedurile de achiziţie publică un ofertant poate justifica experienţa similară privind execuţia sau realizarea unei lucrări prin experienţa unui afiliat al său.

Într-o cauză ale cărei fapte erau identice celei din prezenta speţă, respectiv cauza C-389/92, Ballast Nedam Groep, Curtea de Justiţie a fost

întrebată dacă o societate se poate prevala într-o procedură de achiziţii publice de experienţa uneia dintre societăţile sale afiliate, care erau persoane juridice cu personalitate juridică, distincte de societatea ofertant.

În cauza *Ballast Nedam Groep I*, societăţii BNG i se refuzase dreptul de a fi înscrisă în Registrul Contractorilor deoarece, în calitatea sa de societate mamă, nu executase ea însăşi lucrările cu care intenţiona să probeze capacitatea sa tehnică, ci societăţile sale afiliate, care erau entităţi diferite de BNG cu personalitate juridică distinctă. Prin urmare, Curtea de Justiţie a fost întrebată dacă Directivele 71/304/EEC şi 71/305/EEC (prima generaţie de directive în materia achiziţiilor publice) se opun unei situaţii în care persoana juridică dominantă dintr-un „grup" de societăţi în sensul legii olandeze se poate prevala de experienţa similară a unei societăţi comerciale din grup care este o entitate juridică distinctă (a se vedea paragraful 5 din Decizie).

Curtea a reţinut:

„..astfel cum în mod judicios arată şi Comisia, este clar din toate prevederile directivei că se poate prevala de experienţa similară nu doar o companie care a executat ea însăşi contractele în discuţie, ci agenţiile, filiale sau sucursalele sale, sau chiar o divizie sau un grup de entităţi ce depinde de societate.

Mai mult, ar trebui să se noteze că Directiva Consiliului 89/440/EEC din 18 iulie 1989 care modifică Directiva 71/305/EEC, mai precis în ceea ce priveşte definiţia contractele publice care se referă la faptul că aceste contracte au drept obiect executarea de lucrări prin orice mijloace. Aceasta prevedere clarifică faptul că un ofertant care nu are nici intenţia nici resursele să execute el însuşi contractul, poate participa într-o procedură pentru atribuirea unui contract public.

Prin urmare, unei societăţi mamă care nu intenţionează ea însăşi să execute contractul, ci una din societăţile sale afiliate care sunt entităţi juridice separate, nu-i poate fi refuzat accesul la o procedură de atribuire.

Decizia mai sus citată nu lasă loc echivocului, contestatoarea apreciind că se poate prevala de experienţa societăţii ... SA. Entitatea contractantă nu i-a permis, în mod nelegal, să se prevaleze de experienţa similară a societăţii deţinute 100% de ... SA, ... SA, încălcând deciziile jurisprudenţei CJUE.

Raţionamentul ce stă la baza obligaţiei autorităţilor/entităţilor contractante de a permite ofertanţilor să se prevaleze de experienţa similară a societăţilor afiliate este expus mai pe larg în Opinia Avocatului General în această cauză, care a arătat faptul că BNG era acţionar majoritar al societăţii care avea experienţa efectivă în executarea contractului şi că dreptul acesteia de a participa la proceduri se refuzase în virtutea argumentului că nu avea ea însăşi experienţa similară, ci o entitate juridică distinctă, cu personalitate juridică, similitudinea cu acest caz fiind evidentă.

Avocatul General invocă mai întâi regula conform căreia unui grup de companii nu i se poate impune să aibă o anumită formă legală pentru participarea la o anumită procedură (în vigoare şi astăzi). La paragraful 19, Avocatul General arată că a fortiori, nu se poate limita dreptul unei

societăţi de participare la o procedură dacă această experienţă este a unei societăţi din grup.

Apoi la paragraful 23 Avocatul General arată că trebuie să se permită această prevalare în virtutea definiţiei contractului de achiziţie publică de lucrări care se referă la executarea acesteia prin orice mijloace.

Avocatul General afirmă ulterior fără echivoc la paragraful 26 că o societate poate să producă dovezi că are capacitatea economică sau tehnică pentru executarea unui contract arătând atare calificare care nu sunt ale sale proprii.

Această decizie a fost ulterior confirmată în cauza C-5/97 Ballast Nedam Groep II, în care Curtea a reţinut cu o şi mai mare claritate că autoritatea contractantă are obligaţia de a lua în considerare experienţa societăţilor afiliate care au executat ele însele contracte similare (a se vedea paragraful 14).

O decizie similară a fost pronunţată şi în cauza Cauza C-454/06 Pressetext împotriva Austriei, care s-a referit la reguli privind modificarea contractului.

Regulile în materia contractelor de achiziţie publică aplicabile cu privire la modificarea contractului sunt o manifestare în oglindă a prevederilor de la atribuirea contractelor. De altfel, UE nu are competenţă pentru reglementarea, modificarea contractelor. Singurul motiv pentru care directivele conţin reglementări privind modificarea contractelor este acela de a evita eludarea prevederilor de la atribuirea contractelor prin modificări ale acestora.

Cu alte cuvinte toate interpretările CJUE cu privire la modificarea contractelor de achiziţie publică sunt raţionamente mutatis mutandis ale regulilor de la atribuirea contractelor. Tocmai de aceea, în cauza Pressetext, unde Curtea a trebuit să analizeze o situaţie de modificare a unui contract, aceasta a interpretat definiţia conceptului de atribuire a unui contract de achiziţie publică.

Concret, în speţa Pressetext, ofertantul declarat câştigător a introdus pe parcursul executării contractului (printr-o novaţie) o filială a sa (societate distinctă cu personalitate juridică), însă deţinută şi controlată de ofertantul declarat câştigător.

În opinia acestuia, acest aspect nu echivala cu o modificare a contractului pentru ofertantul declarat câştigător deţinea compania care devenise noul cocontractant al autorităţii precum şi controlul asupra acesteia. Prin urmare Curtea a fost întrebată dacă o astfel de schimbare poate fi calificată drept modificare a contractului. Întrebarea a fost formulată prin raportare la conceptul de atribuire a contractului, mai precis:

Termenul „atribuire" utilizat la articolul 3 alineatul (1), la articolul 8 şi la articolul 9 din Directiva 92/50 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziţii publice de servicii trebuie interpretat în sensul că nu include o situaţie în care serviciile furnizate autorităţii contractante de către prestatorul iniţial sunt transferate unui alt prestator, constituit sub forma unei societăţi de capitaluri al cărui acţionar unic este prestatorul iniţial, care deţine controlul şi dă instrucţiuni noului prestator,

în măsura în care prestatorul iniţial continuă să îşi asume răspunderea respectării obligaţiilor contractuale.

Curtea a răspuns:

În această privinţă, deşi este adevărat că înlocuirea cocontractantului căruia autoritatea contractantă îi atribuise iniţial contractul cu unul nou trebuie considerată o astfel de modificare substanţială a contractului de achiziţii publice respectiv, cu excepţia situaţiei în care această substituire a fost prevăzută în clauzele contractului iniţial, nu este mai puţin adevărat că o reorganizare internă a cocontractantului nu modifică în mod esenţial clauzele contractului iniţial. Prin urmare, în cazul în care noul cocontractant este o filială deţinută în totalitate de fostul cocontractant, dacă acesta din urmă dispune de o putere de decizie şi dacă între cele două entităţi există un contract de transfer al pierderilor şi al beneficiilor, un astfel de acord nu constituie modificarea unei clauze esenţiale a contractului ce ar putea fi calificată drept o nouă atribuire a unui contract de achiziţii în sensul Directivei 92/50.

(...)

Cu privire la prima întrebare

39 Prin intermediul primei întrebări, instanţa de trimitere are în vedere transferul către APA - OTS, în cursul anului 2000, al serviciilor OTS furnizate până în acel moment de APA. Instanţa de trimitere solicită, în esenţă, să se stabilească dacă, în condiţii precum cele din cauza principală, o schimbare a cocontractantului constituie o nouă atribuire a unui contract în sensul articolului 3 alineatul (1) şi al articolelor 8 şi 9 din Directiva 92/50.

40 În general, înlocuirea cocontractantului căruia autoritatea contractantă îi atribuise iniţial contractul cu unul nou trebuie considerată o schimbare a uneia dintre clauzele esenţiale ale contractului de achiziţii publice respectiv, cu excepţia situaţiei în care această substituire a fost prevăzută în clauzele contractului iniţial, spre exemplu, ca o subcontractare.

41 Potrivit deciziei de trimitere, fiind constituită sub forma unei societăţi cu răspundere limitată, APA - OTS are o personalitate juridică distinctă de APA, adjudecatarul contractului iniţial.

42 De asemenea, este cert că, după transferul serviciilor OTS de la APA la APA - OTS în cursul anului 2000, autoritatea contractantă efectuează plăţile corespunzătoare acestui serviciu direct către APA - OTS, şi nu către APA.

43 Cu toate acestea, transferul activităţii în cauză prezintă anumite caracteristici particulare care permit să se concluzioneze că astfel de modificări, intervenite într - o situaţie precum cea din acţiunea principală, nu constituie modificarea unei clauze esenţiale a contractului.

44 Într - adevăr, din dosar reiese că APA - OTS este o filială deţinută în totalitate de APA, că aceasta din urmă dispune de o putere de decizie asupra APA - OTS şi că între cele două entităţi există un contract de transfer al pierderilor şi al beneficiilor, asumat de APA. În plus, din dosar reiese că o persoană însărcinată să reprezinte APA a asigurat autoritatea contractantă că în urma transferului serviciilor OTS, APA

răspunde în mod solidar cu APA -OTS şi că prestaţia globală existentă rămâne neschimbată.

45 Un astfel de acord reprezintă, în esenţă, o reorganizare internă a cocontractantului, care nu modifică în mod esenţial clauzele contractului iniţial.

46 În acest context, instanţa de trimitere se întreabă dacă împrejurarea că autoritatea contractantă nu a primit asigurarea că părţile sociale ale APA - OTS nu vor fi cedate unor terţi pe parcursul duratei iniţiale a contractului are consecinţe juridice.

Raţionamentul se va aplica mutatis mutandis şi ipotezei atribuirii unui contract în baza experienţei similare a unui afiliat al ofertantului.

În ipoteza de fapt luată în considerare de Curte în cauză Pressetext, societatea care a preluat contractul era o filială cu personalitate juridică a societăţii ce se află în executarea contractului public. Curtea a reţinut că aceasta nu reprezintă decât o reorganizare internă a ofertantului declarat câştigător.

Această decizie este în realitate o continuare sau o aplicare a aceluiaşi raţionament pe care Curtea l-a expus deja în hotărârile pronunţate în cauzele Baliast Nedam Groep I şi II.

De asemenea, contestatoarea invocă nelegalitatea evaluării ofertei Asocierii ...SA ca acceptabilă şi admisibilă.

Prin prezenta contestaţie contestatoarea solicită anularea raportului procedurii nr.11433/30.05.2019 în ceea ce priveşte constatarea ofertei depuse de Asocierea ... SA ca acceptabilă, admisibilă şi câştigătoare prin raportare la următoarele critici:

(i) Entitatea contractantă nu a aplicat în mod legal motivele de excludere reglementate la art. 177, 178 şi 180 din Legea nr. 99/2016

(ii) Entitatea contractantă a încălcat prevederile art. 219 din Legea 99/2019 alin. (1) lit. a) şi b) respectiv a atribuit contractul unui ofertant a cărui oferte nu îndeplineau toate cerinţele, condiţiile, şi criteriile stabilite prin documentaţia de atribuire,

(iii) Entitatea contractanta a încălcat prevederile art. 221 alin. (2) din Legea nr. 99/2019 determinând prin clarificările/solicitările de clarificare un avantaj semnificativ pentru ofertantul declarat câştigător;

(iv) Entitatea contractantă a încălcat art. 228 alin. (4) - (6) atribuind contractul unui operator economic care a depus o ofertă inacceptabilă/neconformă/neadecvată;

(v) Entitatea contractantă nu a verificat preţul neobişnuit de scăzut al ofertei declarate câştigătoare şi a atribuit contractul unui ofertant al cărei ofertă nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al preţului sau al costurilor propuse, încălcând prin aceasta prevederile art. 222 alin. (3) din Legea nr. 99/2016.

(vi) Ofertantul declarat câştigător nu a demonstrat că va avea acces sau are acces la resurse financiare necesare executării contractului;

(vii) Oferta declarată câştigătoare prezintă necorelări între propunerea financiară şi propunerea tehnică;

(viii) În urma verificărilor efectuate de comisia de evaluare prin solicitările de clarificare cu termen de răspuns 04.03.2019 aceasta a creat un avantaj semnificativ pentru Asocierea ... şi a decis în mod nelegal

desemnarea drept câştigătoare a unei oferte care nu îndeplineşte cerinţele, criteriile şi condiţiile stabilite prin documentaţia de atribuire

Contestatoarea susţine că ofertantul declarat câştigător nu îndeplineşte toate criteriile si cerinţele de calificare menţionate în documentaţia de atribuire iar refuzul de dezvăluire a acestor înscrisuri este o dovadă a nelegalităţilor comise în cadrul acestei proceduri.

În egală măsură, contestatoarea cunoaşte din analiza cerinţelor beneficiarului şi a documentaţiei de atribuire că preţul propus de către ofertantul declarat câştigător este un preţ neobişnuit de scăzut.

Preţul propus de către Asocierea ... este un preţ imposibil de justificat în condiţiile presiunii economiei de piaţă şi în condiţii de supunere la condiţiile pieţei. Entitatea contractantă a încălcat prin urmare prevederile art. 222 din Legea nr. 99/2016.

În aceste condiţii, ofertantul declarat câştigător nu a putut să coordoneze prevederile ofertei tehnice cu oferta financiară iar oferta acestuia prezintă neconcordanţe ce nu pot fi calificate drept abateri minore sau erori aritmetice.

Totodată, astfel cum rezultă din raportul procedurii, entitatea contractantă, după eliminarea SC ... SA, a solicitat multiple clarificări ofertantului declarat câştigător cu privire la documentele de clarificare. Prin modul de formulare a acestora, entitatea contractantă a încălcat prevederile art. 221 alin. (2) din Legea nr. 99/2019 determinând prin clarificările/solicitările de clarificare un avantaj semnificativ pentru ofertantul declarat câştigător.

Ofertantul declarat câştigător nu îndeplinea toate condiţiile pentru calificarea la această procedură şi nu şi-a respectat toate obligaţiile privind plata taxelor şi impozitelor.

Declararea drept confidenţiale a tuturor documentelor de calificare arată întocmai faptul că ofertantul declarat câştigător avea de ascuns faptul că nu îndeplinea, la data depunerii ofertei, toate condiţiile şi criteriile pentru a se califica ca participant la această procedură.

Entitatea contractantă a transmis punctul de vedere nr. 26706/18.06.2019, înregistrat la Consiliu sub nr. 22867/19.06.2019 cu privire la contestaţia formulată de către SC ... SA la care a anexat o parte din dosarul achiziţiei.

Entitatea contractantă invocă lipsa de interes şi tardivitatea contestaţiei depuse de către ... SA, având în vedere următoarele:

Data limită de depunere a ofertelor a fost: 29.10.2018. Perioada de valabilitate a ofertei a fost: 01.03.2019.

În data de 15.02.2019, entitatea contractantă a întocmit Nota justificativă nr. 7800 iar în baza art. 227 alin. (3) din Legea nr. 99/2016, a prelungit perioada de evaluare a ofertelor până la data de 30.04.2019. La acea dată, procedura se afla în curs de evaluare, la etapa de verificare a documentelor suport DUAE ale ofertantului clasat pe primul loc. În data de 18.02.2019, comisia de evaluare a solicitat celor doi ofertanţi, prelungirea perioadei de valabilitate a ofertelor şi prelungirea perioadei de valabilitate a garanţiei de participare.

Având în vedere structura tehnică a sistemului SEAP (SICAP), deoarece ofertantul ... SA, fusese respins la etapa de verificare DUAE, în

SEAP (SICAP), din punct de vedere tehnic, acestuia nu îi mai puteau fi transmise comunicări. Din acest motiv, solicitarea de prelungire a ofertei şi a garanţiei de participare a fost transmisă ofertantului pe e-mail, semnată cu semnătură electronică extinsă. Solicitarea a conţinut următoarele informaţii:

„În baza art. 130 alin. (3) din HG nr. 394/2016, vă rugăm să prelungiţi perioada de valabilitate a ofertei şi a garanţiei de participare până la data de 30.04.2019.

Documentele şi informaţiile vor fi transmise pe email: nicoleta.popovici@transelectrica.ro în format electronic pdf., semnate cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat.

Termenul limită până la care trebuie să transmiteţi răspunsul dvs. pe emailul anteriror menţionat, este 22.02.2019, semnat cu semnătură electronică extinsă".

În data de 21.02.2019, ofertantul ... SA, a răspuns solicitării comisiei de evaluare, tot pe email, transmiţând următoarele documente:

- Adresa de înaintare
- Formular de ofertă
- Act adiţional de prelungire a garanţiei de participare.

Prin transmiterea formularului de ofertă, deşi acesta nu a fost cerut de către comisia de evaluare, ... SA a comunicat comisiei de evaluare şi valoarea ofertată în cadrul procedurii de atribuire, respectiv 343.143.426,31 lei fără TVA.

Valoarea estimată a procedurii a fost de: 296.551.600 lei fără TVA.

Astfel, oferta depusă de către ofertantul ... SA depăşea valoarea estimată cu 15,71%.

Conform prevederilor art. 143 alin. (2) lit. f) din HG nr. 394/2019, ...SA, a depus oricum o ofertă care nu putea fi admisă şi declarată câştigătoare, deoarece aceasta depăşea procentul de 15% cu care entitatea contractantă ar fi avut dreptul de a suplimenta valoarea estimată, fapt ce ar fi condus inevitabil la respingerea acesteia. În acest context, este evident că entitatea contractantă nu are posibilitatea majorării fondurilor alocate îndeplinirii contractului peste procentul prevăzut de legislaţia în materie şi contestaţia ca fiind lipsită de interes, întrucât cererea de anulare a procedurii nu are ca scop remedierea unei încălcări legale, ci acela de a oferi contestatoarei şansa să participe la procedură, în eventualitatea reluării ei, cu o noua ofertă.

Totodată, entitatea contractantă precizează că interesul poate fi considerat născut şi actual doar în legătură cu procedura actuală, la care contestatorul a participat, iar verificarea acestuia în cauza de faţă nu poate fi raportată la un eveniment viitor şi incert.

Art. 143 alin. (2) lit. f) din HG nr. 394/2019: *"preţul, fără TVA, inclus în propunerea financiară depăşeşte valoarea estimată comunicată prin anunţul de participare şi, deşi există posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea contractului respectiv, se constată că acceptarea unei astfel de oferte ar conduce la o modificarea substanţială în sensul depăşirii procentelor de la art. 241 alin. (1) lit. b) din Lege*;"

Art. 241 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 99/2019: *"b) valoarea modificării este mai mică de 10% din preţul iniţial al contractului sectorial de servicii sau de produse sau mai mică de 15% din preţul contractului sectorial de lucrări."*

... SA, pe parcursul contestaţiei formulate, critică printre altele şi valoarea declarată câştigătoare (287.648.712,32 lei fără TVA) care reprezintă 96,99% din valoarea estimată, şi pe care o consideră ca fiind un preţ neobişnuit de scăzut. Aceste susţineri sunt complet nefondate deoarece în legislaţia achiziţiilor publice sau în jurisprudenţa în materie de achiziţii publice un preţ ce reprezintă mai mult de 95% din valoarea estimată nu a fost vreodată considerat ca fiind neobişnuit de scăzut, toate aceste afirmaţii privind preţul ofertei câştigătoare fiind, în mod evident, complet nefondate.

Având în vedere valoarea ofertată de către ... SA (343.143.426,31 lei fără TVA) şi criticile aduse valorii declarate câştigatoare, rezultă indirect faptul că ofertantul ... SA, consideră, prin contestaţie, că valoarea estimată publicată de ... SA prin anunţul de participare nr. CN....din 26.07.2018 este prea mică, drept pentru care entitatea contractantă invocă tardivitatea contestaţiei depuse.

Procedura de atribuire a fost publicată în SEAP (SICAP) în data 26.07.2018, iar depunerea ofertelor a avut loc în data de 29.10.2019. Practic operatorii economici interesaţi să participe la procedura de atribuire, au avut la dispoziţie un număr de 94 de zile, pentru a evalua documentaţia, pentru a-şi întocmi bugetul licitaţiei şi pentru a-şi întocmi oferta.

În toată această perioadă, nu au existat nici contestaţii şi nici solicitări de clarificare din partea ... SA în ceea ce priveşte valoarea estimată a acestei proceduri. Practic, ... SA, a avut la dispoziţie un număr de 94 de zile, în care avea posibilitatea de a semnala entităţii contractante faptul că valoarea estimată este prea mică din punctul său de vedere, sau de a contesta valoarea estimată.

Ofertantul ... SA nu a făcut niciunul din demersurile de mai sus, drept pentru care avea obligaţia de a respecta condiţiile prevăzute în fişa de date, inclusiv respectarea valorii estimate, în conformitate cu legislaţia achiziţiilor publice în vigoare.

Având in vedere faptul că, din start ofertantul ...SA a ales să nu conteste valoarea estimată şi mai mult, a ales să depună o ofertă care era inacceptabilă conform prevederilor art. 143 alin. (2) lit. f) din HG nr. 394/2016, şi care în mod clar, ar fi obligat entitatea contractantă să o respingă, orice fel de critică asupra valorii estimate nerealizată în termenul legal stabilit de art. 8, alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, face ca respectivul capăt de cerere să fie afectat de tardivitate.

Prin contestaţia formulată şi criticile aduse atât entităţii contractante cât şi ofertei declarate câştigătoare, scopul evident al contestatoarei este acela de a-şi corecta propriile decizii şi erori, solicitând anularea procedurii de atribuire prin orice mijloace şi aducând acuzaţii nefondate atât la adresa entităţii contractante cât şi la adresa ofertantului declarat câştigător, pentru a avea posibilitatea să depună o nouă ofertă conformă şi competitivă, în situaţia reluării procedurii de atribuire.

În acest sens, entitatea contractantă invocă contradicţia între solicitarea contestatoarei de a anula raportul procedurii în ceea ce priveşte declararea ofertei sale drept inacceptabilă şi în acelaşi timp de a anula procedura. Astfel, primul capăt de cerere menţionat anterior ar fi avut interes pentru ofertant numai în cazul în care ar fi solicitat implicit reevaluarea ofertelor şi nu anularea procedurii, întrucât prin aceasta din urmă solicitare, acceptă indirect rezultatul evaluării în ceea ce priveşte oferta sa, respingerea inevitabilă a ofertei depuse şi faptul că aceasta nu ar fi putut să fie admisibilă şi nici câştigătoare.

Cu privire la respingerea ofertei depuse de către ... SA, entitatea contractantă menţionează următoarele:

În cadrul ofertei depuse de către ... SA, acesta a participat la procedură în următoarea componenţă, aşa cum rezultă din DUAE depus de către ofertant.

... SA - ofertant - a depus DUAE

... SRL - subcontractant - a depus DUAE

... SRL - subcontractant - a depus DUAE

Prin fisa de date au fost solicitate următoarele cerinţe:

„Cerinţa nr. 1 Experienţa similară:

1. Experienţa similară constă în realizarea unor LEA de minim 110 kV. Prin realizarea unor LEA de minim 110 kV se înţelege atât parte de construcţie/reparaţia LEA de minim 110 kV, montare de echipament aferent LEA de minim 110 kV şi servicii de proiectare aferente.

2. Pentru demonstrarea experienţei similare în sensul menţionat mai sus ofertantul va dovedi, în baza a minim 1 contract sau mai multe contracte, din care să rezulte că lucrările similare au fost executate în ultimii 5 ani (calculaţi până la data limită de depunere a ofertelor), şi serviciile similare au fost prestate în ultimii 3 ani (calculaţi până la data limită de depunere a ofertelor), prin prezentarea de recomandări/ certificate/documente/certificări de bună execuţie, a căror valoare cumulată a lucrărilor şi serviciilor să fie de minimum:

- 100.000.000 lei fără TVA pentru construcţie/reparaţia LEA de minim 110 kV, montare de echipament aferent LEA de minim 110 kV.

- 300.000 lei fără TVA pentru serviciile de proiectare aferente LEA de minim 110 kV.

Cele două componente care formează experienţa similară - execuţia de lucrări şi serviciile de proiectare, pot fi dovedite şi din contracte distincte, adică nu există obligaţia ca ofertanţii să depună contracte care au conţinut atât servicii de proiectare cât şi execuţie de lucrări. Modul de calcul al perioadei (5 ani/3 ani) nu va fi afectat de eventuale decalări ale termenului limită de depunere a ofertelor; prevăzut în anunţul de participare publicat iniţial. În cazul în care valoarea acestora este exprimată în altă valută, pentru calculul echivalenţei se va aplica cursul mediu anual lei/altă valută comunicată de BNR. Din documente va rezulta clar valoarea de contract în sarcina ofertantului în cazul prezentării unor contracte îndeplinite în asociere (ca asociat sau subcontractant), categoriile de activităţi pe care le-a asigurat în cadrul contractului/contractelor prezentate (execuţie lucrări, prestare de servicii).

3. Pentru componenta de construcţie/reparaţia LEA de minim 110 kV, montare de echipament aferent şi proiectare, în cazul în care ofertanţii vor prezenta ca experienţă similară documente/ contracte realizate în LEA cu tensiune mai mică de 110 kV (de ex: LEA de 20kV) atunci din documentele care vor fi prezentate pentru dovedirea îndeplinirii experinţei similare, trebuie să rezulte clar şi distinct partea de activităţi realizate la instaţiile electrice cu tensiunea de minim 110. Valoric nu se va lua în considerare valoarea activităţilor realizate la instalaţiile cu tensiune mai mică de 110 kV."

Prin fişa de date, entitatea contractantă a adus la cunoştinţa operatorilor economici interesaţi să participe la procedura de atribuire, inclusiv drepturile pe care le au în vederea formei de participare la o procedură de achiziţii publice, şi în fişa de date, au fost trecute următoarele informaţii, la Secţiunea III.1.3.a) Capacitatea tehnică şi/sau profesională.

„Asocierea

Se vor prezenta informaţii privind asociaţii (dacă este cazul). Criteriile de calificare referitoare la capacitatea de exercitare a activităţii profesionale (înregistrat), la standardele de asigurare a calităţii trebuie prezentate de fiecare asociat în parte pentru partea din contract pe care o va realiza conform art. 67 din Legea nr. 99/2016 Situaţia economico-financiară şi capacitatea tehnică şi/sau profesională se demonstrează prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor asociaţi. În cazul în care o asociere de operatori economici este declarată câştigătoare, relaţia contractuală şi facturarea se va face în conformitate cu modul în care vor declara asociaţii în Acordul de asociere. Modalitatea de îndeplinire:

Se va completa DUAE în conformitate cu art. 202-204 din Legea nr. 99/2016 şi în conformitate cu Notificarea ANAP nr. 240/2016;

Odată cu depunerea DUAE se va depune şi Acordul de asociere, urmând ca documentele justificative care probează cele asumente în acorduri vor fi solicitate ofertantul clasat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor.

Subcontractare

Ofertanţii vor menţiona partea din contract pe care ofertantul are intenţia să o subcontracteze, dacă este cazul; Subcontractarea se va face în condiţiile Capitolului VI - Secţiunea I - Subcontractarea din Legea nr. 99/2016 privind achiziţiile sectoriale şi cu respectarea Condiţiilor Generale, Condiţiilor special şi a Acordului Contractual elaborate conform prevederilor obligatorii din HG nr. 1/2018.

Modalitatea de îndeplinire:

Se va completa DUAE în conformitate cu art. 202-204 din Legea nr. 99/2016 şi în conformitate cu Notificarea ANAP nr. 240/2016;

Odată cu depunerea DUAE se va depune şi Acordul de subcontractare, urmând că documentele justificative care probează cele asumente în acorduri vor fi solicitate ofertantul clasat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor în cazul în care operatorul economic/ofertantul îşi demonstrează capacitatea tehnică şi profesională invocând şi susţinerea acordată, de către o altă persoană, atunci acesta are obligaţia de a dovedi susţinerea de care

beneficiază, prin prezentarea unui angajament ferm al persoanei respective, prin care confirmă că va pune la dispoziţia ofertantului a resurselor tehnice şi profesionale invocate. Se vor prezenta informaţii privind terţul susţinător (dacă este cazul).

Terţul susţinător

În situaţia în care susţinerea unui terţ vizează resurse netransferabile, angajamentul ferm prezentat de către ofertant trebuie să garanteze entităţii contractante îndeplinirea obligaţiilor asumate prin acesta în situaţia în care contractantul întâmpină dificultăţi pe parcursul derulării contractului.

Modalitatea de îndeplinire:

Se va completa DUAE; Toţi ofertanţii, odată cu depunerea DUAE vor prezenta angajamentul terţului susţinător (impreună cu documente anexe la angajament, transmise acestora de către terţ/terţii sustinători, din care rezultă modul efectiv în care se va materializa susţinerea acestuia/acestora) urmând ca documentele justificative care probează cele asumate în angajament să fie solicitate doar de ofertantul clasat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluarii ofertelor."

Documentaţia de atribuire a fost întocmită conform prevederilor legale, inclusiv în ceea ce priveşte modalitatea de participare la procedură şi de îndeplinire a cerinţelor ce calificare stabilite. Documentaţia de atribuire a fost verificată de către ANAP şi a fost acceptată în forma publicată.

Aşa cum este evidenţiat în prevederile legale, cu titlu de exemplu art. 202, art 73, art. 76, art. 197 din Legea nr. 99/2016, este clar faptul că forma de participare a unui operator economic în cadrul unei proceduri de atribuire, este fie cea de ofertant (unic sau asociaţi), subcontractant sau terţ susţinător.

În cadrul ofertei depuse de către ... SA, în DUAE, la secţiunea privind experienţa similară, atât ofertantul ... SA, cât şi subcontractanţii propuşi, respectiv ... SRL, au completat fiecare cu câte un contract, conform tabelului de mai jos:

Modul de completare al DUAE depus de **către ...** SA -ofertant	Modul de completare al DUAE depus de către ... SRL - subcontractant	Modul de completare al DUAE depus de către ... SRL - subcontractant
1. Contract special de inginerie, livrare, permise, sevitute şi construcţie în modalitatea de livrări parţiale a Liniei Charua- Anchoa 2x500 kV; Primul Circuit, în sistemul de transmisie pe linie principală a sistemului interconectat central. Valoare contract: 422.136.495,04 lei Data de începere: 01.11.2012 Data de încheiere: 01.10.2015 Beneficiar: CHARRUA Transmisora de Energia SA	1. Deviere LEA 110 kV în zona localit. Dumbrăveni jud Sibiu Valoare contract: 1.763.544 lei Data de incepere: 01.10.2017 Data de încheiere: 20.12.2017 Beneficiar: SDEE Transilvania Sud - SDEE Sibiu.	1. Lucrări de remediere neconformităţi pe LEA 220 kV Bucureşti Sud - Ghizdaru Valoare cotnract: 841.150,22 lei Data de începere: 14.11.2014 Data de încheiere: 14.12.2014 Beneficiar: SMART.

Având în vedere faptul că din informaţiile completate în DUAE atât de ... SA, cât şi de către subcontractanţii săi, nu rezultau clar informaţiile solicitate de entitatea contractantă prin fişa de date, respectiv dacă contractul a fost derulat în asociere, ce tip de activităţi a conţinut respectivul contract, care este valoarea lucrărilor şi serviciilor similare,

(aşa cum au fost acestea definite prin fişa de date) din contractul declarat, comisia de evaluare a hotărât să solicite printr-o clarificare, documentele justificative ca dovadă a informaţiilor din DUAE în ceea ce priveşte experienţa similară, în baza art. 205 alin. (1) din Legea nr. 99/2016.

Lipsa detalierii informaţiilor din DUAE - experienţa similară, a fost constatată de către comisia de evaluare şi în cazul ofertei depuse de către Asocierea ... SA, iar comisia de evaluare a solicitat şi acestuia transmiterea documentelor justificative ca dovadă a informaţiilor din DUAE în ceea ce priveşte experienţa similară, în baza art. 205 alin. (1) din Legea nr. 99/2016. Aceste informaţii rezultă din procesul verbal nr. 48202/09.11.2018.

Solicitarea de clarificări a fost transmisă prin SEAP (SICAP) în data de 09.11.2018, iar termenul stabilit pentru transmiterea răspunsului a fost: 14.11.2018. Cei doi ofertanţi au răspuns în termen solicitării de clarificare.

Din documentele transmise de către ofertantul ... SA ca răspuns la solicitarea de clarificări, comisia de evaluare a constatat faptul ca în contractul nominalizat de ofertantul ... SA, contractantul este ...este Garant.

Comisia de evaluare a analizat răspunsurile primite şi în cazul ofertantului ...SA a stabilit transmiterea unui nou set de clarificări în data de 21.11.2018, aşa cum rezultă din procesul verbal nr. 50433/21.11.2018, iar termenul stabilit pentru transmiterea răspunsului a fost: 26.11.2018. Ofertantul a răspuns în termen solicitării de clarificare.

Din răspunsurile la clarificari, ofertantul a comunicat şi transmis documente din care rezultă faptul că ... SA este o filială a ... SA.

În data de 10.12.2018, comisia de evaluare a întocmit şi a transmis către ANAP, procesul verbal privind evaluarea garanţiei de participare, a informaţiilor din DUAE şi a documentelor care îl însoţesc, precum şi îndeplinirea cerinţelor de calificare, înregistrat la Transelectrica cu nr. 1414/10.12.2018.

În data de 12.12.2018, verificatorii ANAP au efectuat o vizită la sediul ... pentru studierea documentelor ce au stat la baza întocmirii procesului verbal nr. 1414/10.12.2018.

În data de 14.12.2018, ANAP a transmis avizul conform condiţionat cu nr. 22446/13.12.2018, înregistrat la Transelectrica cu nr. 1502/14.12.2018 prin care au dispus următoarele măsuri:

"Verificatorii ex-ante, numiţi prin decizia de verificare nr. 4346/27.07.2018, au constatat că ofertantul ... SA, nu a clarificat, pe de o parte, care este implicarea pe care o va avea ... SA în derularea contractului, iar pe de altă parte, care este calitatea pe care ... SA o are în cadrul prezentei proceduri de achiziţie sectorială."

Ca urmare a avizului conform condiţionat emis de ANAP, comisia de evaluare a mai solicitat ofertantului ... SA un set de clarificări în data de 18.12.2018, iar termenul stabilit pentru transmiterea răspunsului a fost: 21.12.2018. Ofertantul a răspuns în termen solicitării de clarificare.

În data de 10.01.2019, comisia de evaluare a întocmit procesul verbal nr. 1495, constatările finale ale comisiei de evaluare fiind aceleaşi ca şi cele stabilite prin procesul verbal nr. 1414/10.12.2018. Procesul

verbal nr. 1495 din 10.01.2019, a fost transmis către ANAP şi în data de 11.01.2019, ANAP a emis avizul conform necondiţionat.

Comisia de evaluare şi-a fundamentat decizia de respingere a ofertei depusă la ... ca inacceptabilă pe faptul că:

- Ofertantul este operatorul economic ... SA - participant ca ofertant unic cu subcontractanţii declaraţi ... S.R.L. şi .... SRL
- Operatorul economic ... SA nu are nicio calitate în procedură, nu este nici asociat, nici terţ susţinător, nici subcontractant
- Operatorul economic ... SA, este o filială operatorului economic ...SA.

Art. 42 din Legea nr. 31/1990 precizează:

„Filialele sunt societăţi comerciale cu personalitate juridică şi se înfiinţează în una dintre formele de societate enumerate la art. 2 şi în condiţiile prevăzute pentru acea formă. Ele vor avea regimul juridic al formei de societate în care s-au constituit."

Art. 192 din Legea nr. 99/2016, precizează: "Operatorul economic face dovada îndeplinirii criteriilor privind capacitatea tehnică şi profesională prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informaţii şi documente..."

Art. 3 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, precizează:

"hh) ofertant - orice operator economic care a depus o ofertă în cadrul unei proceduri de atribuire;

ii) operator economic - orice persoană fizică sau juridică, de drept public sau de drept privat sau grup ori asociere de astfel de persoane, care este autorizată conform prevederilor art. 207 din Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, republicată, cu modificările ulterioare, care oferă în mod licit pe piaţă executarea de lucrări şi/sau a unei construcţii, furnizarea de produse sau prestarea de servicii, inclusiv orice asociere temporară formată între două sau mai multe dintre aceste entităţi;"

Art. 196 din Legea nr. 99/2016:

(1) Operatorul economic are dreptul, dacă este cazul şi în legătură cu un anumit contract sectorial/acord-cadru, să recurgă la susţinerea unui/unor terţ/terţi în ceea ce priveşte îndeplinirea criteriilor referitoare la situaţia economică şi financiară şi/sau a criteriilor privind capacitatea tehnică şi profesională, indiferent de natura relaţiilor juridice existente între operatorul economic şi terţul/terţii respectiv/respectivi.

Având în vedere cele precizate mai sus, rezultă că ofertantul ... SA, în contractul declarat ca şi experienţă similară a avut calitatea de Garant cu atribuţiile precizate la art. 19 din contract, şi nu a realizat niciuna din activităţile din contract.

Contractul a fost îndeplinit de ... SA - operator economic cu personalitate juridică, filială a ofertantului ... SA, şi care nu face parte din prezenta procedură de atribuire.

Astfel, ...SA, a declarat ca experienţă similară, un singur contract în cadrul căruia acesta a avut calitatea de Garant. Contractul a fost îndeplinit de un alt operator economic, respectiv ... SA. Filiala a ofertantului ...SA.

Având în vedere cele precizate mai sus, comisia de evaluare a constatat faptul că ofertantul ... SA, nu a îndeplinit cerinţa privind experienţa similară solicitată prin fişa de date.

În susţinerea raţionamentului entităţii contractante, procedura a făcut obiectul verificării ex-ante de către ANAP, motivul respinegerii fiind în mod explicit analizat de către observatori. Astfel, în urma clarificărilor emise de comisia de evaluare şi a răspunsului primit din partea ...SA, ANAP a confirmat legalitatea respingerii acestui ofertant, emiţând aviz conform necondiţionat.

Inclusiv în contractul declarat ca şi exprienţa similară, cei doi operatori economici, ...SA şi ... SA, au roluri şi atribuţii diferite, respectiv ... SA are calitatea de Antreprenor, iar ... SA are calitatea de Garant.

Totodată, experienţa este o resursă ce poate fi transferată numai sub condiţia în care societatea care deţine experienţa, să fie implicată în executarea contractului supus achiziţiei, în una din formele permise de lege: ofertant, asociat, terţ susţinător sau subcontractant.

În condiţiile în care, cele două societăţi fiind şi în fapt şi în drept persoane juridice diferite, iar operatorul economic căruia i se atribuie experienţa similară nu participă în nici un fel la procedură: nu figurează în DUAE sub niciuna dintre formele sus menţionate şi nici nu a îndeplinit nici una din celelalte condiţii de participare solicitate de legislaţie participanţilor, entitatea contractantă nu ar fi putut lua în considerare resursele acestuia doar în virtutea faptului că societatea ... SA deţine 100% ... SA.

Indiferent de natura relaţiilor juridice existente între ... SA şi ... SA, şi independent de forma prin care ... SA îşi exercită controlul asupra Filialei sale, ... SA, cele două societăţi rămân persoane juridice diferite, drept urmare ele sunt tratate ca atare, atât de legislaţia română cât şi de cea internaţională. Existenţa unei forme de control al unei societăţi asupra celeilalte nu conduce în nici un fel la contopirea celor două persoane juridice.

Susţinerile contestatoarei precum că ... SA se comportă ca un departament al său, sunt contrazise tot de aceasta care arată neechivoc că cele două societăţi sunt persoane juridice diferite, ... SA fiind deţinută de ... SA, nefiind un departament al acesteia.

Experienţa este o resursă ce poate fi transferată numai sub condiţia în care societatea care deţine experienţa, să fie implicată în executarea contractului supus achiziţiei, în una din formele permise de lege: ofertant, asociat, terţ susţinător sau subcontractant.

Potrivit prevederilor art. 66 din Legea nr. 99/2016: *„Orice operator economic are dreptul de a participa la procedura de atribuire în calitate de ofertant sau candidat, individual ori în comun cu alţi operatori economici, inclusiv în forme de asociere temporara constituite în scopul participării la procedura de atribuire, în condiţiile prevăzute de prezenta lege."*

Aşadar, având în vedere că cele două societăţi comerciale sunt persoane juridice diferite, pentru a putea fi considerat participant în procedură şi implicit pentru a putea analiza experienţa specifică propusă, ... SA, ar fi trebuit să respecte prevederile Legii nr. 99/2016 şi să fie implicată în acestă procedură în una din formele prevăzute de aceasta: ofertant, asociat, terţ susţinător sau subcontractant.

De asemenea, cu privire la celelalte critici aduse de contestatoare cu privire la oferta declarată câştigătoare, aşa cum rezultă din dosarul achiziţiei oferta Asocierii ....SA a îndeplinit toate cerinţele solicitate prin documentaţia de atribuire, şi la fiecare etapă de evaluare, inclusiv la raportul procedurii de atribuire, ANAP a emis aviz conform necondiţionat.

Având în vedere cele mai sus prezentate, entitatea contractantă solicită respingerea contestaţiei depusă de ... SA pe cale de excepţie ca tardivă şi lipsită de interes, iar pe fond ca nefondată pentru motivele prezentate în prezentul punct de vedere.

Prin adresa nr. 1269/19.06.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 23918/26.06.2019, SC ...SA, în calitate de câştigător al procedurii de atribuire antemenţionată, în contradictoriu cu ... SA, formulează cerere de intervenţie prin care solicită respingerea contestaţiei ca neîntemeiată şi menţinerea raportului procedurii, precum şi actele subsecvente şi conexe acestuia, ca fiind temeinice şi legale.

Intervenienta învederează că potrivit fișei de date a achiziţiei, art. III. 1.3.a) Capacitatea tehnică şi/sau profesională, pentru îndeplinirea cerinţelor privind capacitatea tehnică şi profesională, ofertanţii aveau obligaţia de a demonstra existenţa unei experienţe similare anterioare, prin prezentarea unui sau a mai multor contracte privind execuţia de lucrările similare, în ultimii 5 ani (calculaţi până la data limită de depunere a ofertelor), şi serviciile similare prestate în ultimi 3 ani (...), constând în realizarea unor LEA de minim 110 kV. Prin realizarea unor LEA de minim 110 kV se înţelege atât parte de construcţie/reparaţia LEA de minim 110 kV, montare de echipament aferent LEA 110 kV şi servicii de proiectare aferente:

„III.1.3. a) Capacitatea tehnică şi/sau profesională

Informaţii şi/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerinţelor menţionate:

Cerinţa nr. 1 Experienţa similară:

1. Experienţa similară constă în realizarea unor LEA de minim 110 kV. Prin realizarea unor LEA de minim 110 kV se înţelege atât parte de construcţie/reparaţia LEA de minim 110 kV, montare de echipament aferent LEA de minim 110 kV şi servicii de proiectare aferente.

2. Pentru demonstrarea experienţei similare în sensul menţionat mai sus ofertantul va dovedi, în baza a minim 1 contract sau mai multe contracte, din care să rezulte că lucrările similare au fost executate în ultimii 5 ani (calculaţi până la data limită de depunere a ofertelor) şi serviciile similare au fost prestate în ultimii 3 ani (calculaţi până la data limită de depunere a ofertelor), prin prezentarea de recomandări/ certificate/documente/certificări de bună execuţie, a căror valoare cumulată a lucrărilor şi serviciilor să fie de minimum:

- 100.000.000 lei fără TVA pentru construcţie/reparaţia LEA de minim 110 kV, montare de echipament aferent LEA de minim 110 kV.

- 300.000 lei fără TVA pentru serviciile de proiectare aferente LEA de minim 110 kV.

Cele două componente care formează experienţa similară - execuţia de lucrări şi serviciile de proiectare, pot fi dovedite şi din contracte

distincte, adică nu există obligaţia ca ofertanta să depună contracte care au conţinut atât servicii de proiectare cât şi execuţie de lucrări".

Conform art. art. 42 din Legea 31/1990:

„art 42. - Filialele sunt societăţi cu personalitate juridică şi se înfiinţează în una dintre formele de societate enumerate la art. 2 şi în condiţiile prevăzute pentru acea formă, ele vor avea regimul juridic al formei de societate în care s-au constituit".

Cu alte cuvinte, filialele sunt societăţi comerciale cu personalitate juridică, distincte de socielăţile care le-au constituit, şi se înfiinţează în una din formele de societate enumerate la art. 2, respectiv societate în nume colectiv, societate în comandită simplă, societate pe acţiuni, societate în comandită pe acţiuni şi societate cu răspundere limitată, în condiţiile prevăzute de acea forma. Ele vor avea regimul juridic al formei de societate în care s-au constituit.

În acest context legal, nu poate fi primită susţinerea ... conform căreia, aceasta se poate prevala de contractul încheiat de către ... SA şi ...SA, atât timp cât ... SA şi ... SA sunt două societăţi comerciale distincte cu personalitate juridică distincte, în acest context, fiind amintite şi disp. art. 193 din Noul Cod civil: „art. 193. - (1) Persoana juridică participă în nume propriu la circuitul civil şi răspunde pentru obligaţiile asumate cu bunurile proprii, afară de cazul în care prin lege s-ar dispune altfel.

Astfel, fiecare societate cu personalitate juridică proprie participă în nume propriu la circuitul civil şi răspunde pentru obligaţiile asumate cu bunurile proprii, inclusiv în cadrul procedurilor de achiziţie publică.

Pe cale de consecinţă, indiferent cine este acţionarul ... SA, ...SA şi ...SA sunt două societăţi comerciale distincte cu personalitate juridică proprie, care pot sta singure în justiţie, având toate caracteristicile:

a) desfăşoară activităţi economice prin săvârşirea unor fapte sau acte de comerţ;

b) fiecare deţine un patrimoniu propriu, care rezultă iniţial din contribuţia sau aportul fiecărui asociat la constituirea societăţii;

c) patrimoniul social garantează drepturile creditorilor sociali şi este distinct de proprietatea fiecărui asociat;

d) au un scop lucrativ, care constă în realizarea acelor activităţi specifice, prevăzute în obiectul ei de activitate;

e) toţi asociaţii participă la realizarea şi împărţirea beneficiilor şi pierderilor;

f) dobândeşte personalitate juridică care-i conferă calitatea de subiect distinct de drept.

Având în vedere toate cele de mai sus, decizia ...de a declara oferta ...SA ca fiind inacceptabilă în baza art. 143 alin. (2) lit. b) din HG nr. 394/2016 şi respinsă în baza art. 143 alin. (1) din HG nr. 394/2016, apare ca temeinică şi legală, atât timp cât ...SA a prezentat, în cadrul dovedirii experinţei similare, un contract executat de o altă societate comercială, cu personalitate juridică distinctă, care nu are nicio calitate în prezenta procedură, respectiv ... SA.

II. În ceea ce priveşte confidenţialitatea ofertei Asocierii ... SA, intervenienta invocă prevederile art. 19 din Legea nr. 101/2016 precum şi prevederile art. 70 şi art. 231 din Legea nr. 99/2016.

Potrivit prevederilor legale invocate anterior, accesul ofertanţilor/persoanelor la dosarul achiziţiei sectoriale se realizează cu respectarea termenelor şi procedurilor prevăzute de reglementările legale privind liberul acces la informaţiile de interes public şi nu poate fi restricţionat decât în măsura în care aceste informaţii sunt confidenţiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, potrivit legii.

Or, în acest context nu poate fi primită susţinerea ..., conform căreia, declararea drept confidenţială a întregii oferte câştigătoare, încalcă principiul transparenţei şi anihilează dreptul acesteia la un remediu eficare, garantat şi protejat, atât timp cât o astfel de posibilitate legală este conferită în favoarea tuturor ofertanţilor participanţi în cadrul procedurii de achiziţie publică.

De altfel, ...a respectat dispoziţiile art. 19 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, în sensul că a marcat, în mod explicit şi vizibil, documentele care fiind confidenţiale.

Mai mult decât atât, ... nu a solicitat ofertanţilor cerinţe suplimentare faţă de cele legale, în sensul de a motiva/justificat, de ce modalitate, publicarea documentelor de calificare şi a ofertei ar aduce atingere dreptului său de proprietate intelectuală sau industrială sau principiului concurenţei loială, motiv pentru care nu poate fi reţinută nici critica formulată de ...în sensul prezentat mai sus.

În concluzie, intervenienta solicită să nu se permită accesul la oferta ... aceasta fiind confidenţială.

În acest sens, intervenienta invocă prevederile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

În acelaşi context, urmează a fi respinsă ca inadmisibilă solicitarea ... de a fi repusă în termen pentru completarea contestaţiei, ulterior vizionării dosarului achiziţiei publice, atât timp cât, după data limită de depunere a contestaţiei, prezentarea unor noi motive de contestare şi/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise/orale ori a precizărilor la contestaţie este inadmisibilă.

III. Referitor la critica privind lipsa motivării raportului procedurii intervenienta invocă prevederile art. 230 din Legea nr. 99/2016, precizând totodată că raportul procedurii de atribuire nr. 11433/30.05.2019 cuprinde toate elementele prevăzute în dispoziţiile legale, respectiv denumirea şi adresa entităţii contractante, obiectul şi valoarea contractului sectorial/acordului-cadru sau a sistemului dinamic de achiziţii, rezultatele procesului de calificare şi/sau selecţie a candidaţilor/ofertanţilor şi/sau reducerea numărului acestora pe parcursul procedurii de atribuire; denumirea ofertantului declarat câştigător şi motivele pentru care oferta acestuia a fost desemnată câştigătoare: subcontractanţii, motivele de respingere/admitere etc.

Având în vedere cele de mai sus, nu poate fi primită susţinerea ...SA potrivit căreia, raportul procedurii nu este motivat în detaliu cu privire la raţiunile pentru care oferta Asocierii ... a fost considerată câştigătoare,

atât timp cât actul contestat cuprinde toate menţiunile legale prevăzute la art. 230 din Legea nr. 99/2016.

În ceea ce priveşte valoarea neobişnuit de scăzută a ofertei ..., intervenienta solicită respingerea acestei critici deoarece aceasta reprezintă o valoare apropiată de valoarea estimată a contractului.

IV. În ceea ce priveşte critica referitoare la nelegalitatea respingerii ofertei ... ca inacceptabilă, respectiv încălcarea de către entitatea contractantă a priorităţii dreptului UE şi a Hotărârilor pronunţate de CJUE în cauza C-464/05 Pressetext şi Cauza C-389/92 Ballast Cedam şi încălcarea de către entitatea contractantă a supremaţiei dreptului european, intervenienta învederează faptul că cele două speţe din jurisprudenţa CJUE nu sunt incidente în prezenta cauză, dupa cum urmează:

1, Cauza C-464/05 Pressetext:

„Hotărârea Curţii (camera a patra) din data de 25 octombrie 2007.

Maria Ceurts şi Dennis Vogten împotriva Administraţie van de BTW, registratie en domeinen şi Betgische Staat,

Cerere având ca obiect pronunţarea unei hotărâri preliminare: Rechtbank van eerste aanleg te Hasseit - Belgia„

Articolele 43 CE şi 56 CE - Reglementare fiscală naţională - Drepturi succesorale - Societate familială - Exonerare - Condiţii - încadrarea în muncă a unui anumit număr de lucratori într-o regiune a unui stat membru. Cauza C-464/05.

Repertoriul de jurisprudenţă 2007 I-09325

Identificator ECLI: ECLI:EU:C:2007:631"

Astfel, acţiunea a avut ca obiect pronunţarea unei hotărâri preliminare: Rechtbank van eerste aanleg te Hasselt - Belgia pe Articolele 43 CE şi 56 CE - Reglementare fiscală naţională - Drepturi succesorale - Societate familială - Exonerare - Condiţii - Încadrarea în muncă a unui anumit număr de lucrători într-o regiune a unui stat membru, Cauza C-464/05, fără nicio legătură cu participarea în cadrul unei proceduri de achiziţie publică.

Pe cale de consecinţă, speţa prezentată nu are legătură cu prezenta procedură de achiziţie publică.

2. Cauza C-389/92 Ballast Cedam:

„Hotărârea Curţii (camera a cincea) din data de 14 aprilie 1994. Ballast Nedom Groep NV împotriva Belgische Staat.

Cerere având ca obiect pronunţarea unei hotărâri preliminare: Raad van State - Belgia. Libera prestare a serviciilor.

Cauza C-38S/92.

Identificator ECLI: ECLI:EU:C: 1994:133".

Astfel, s-a avut în vedere o hotărâre preliminară care să prevadă posibilitatea unui holding de a depune o cerere de înregistrare la Comitetul pentru înregistrarea contractorilor (în procedura Olandeză), cerere care iniţial a fost respinsă, deoarece, în calitate de holding, nu a executat ea însăşi lucrări, ci, lucrările efectuate de filialele sale, care erau persoane juridice distincte.

Or, în cauza de faţă nu se face referile la posibilitatea înscrierii ...SA pe o listă a contractorilor agreaţi, având în vedere faptul că ... SA a

executat anumite lucrări, ci este forma de îndeplinire a criteriilor privind experienţa similară solicitată prin documemntaţia de atribuire şi selecţie.

Or, în cauza de faţă, decizia de respingere a ofertei ... a avut la bază, neîndeplinirea criteriilor privind experienţa similară şi nu înscrierea pe o listă prin acceptarea lucrărilor executate de o terţă parte faţă de prezenta procedură,

Astfel că, şi din acest punct de vedere, ... nu se poate prevala de experienţa similară a ... SA.

V. Referitor la critica privind nelegalitatea evaluării ofertei Asocierii ... SA ca acceptabilă şi admisibilă, intervenienta solicită respingerea acesteia, deoarece ...SA prezintă simple argumente teoretice fără niciun reper privind situaţia de fapt.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 24205/27.06.2019, SC ... SA formulează note scrise prin care răspunde aspectelor invocate de către entitatea contractantă în punctul de vedere.

Contestatoarea reiterează faptul că oferta Asocierii ... este inacceptabilă. Declarațiile membrului asocierii Romelectro din cuprinsul DUAE sunt neadevărate - Cauzele conexate T-91/12 și T-280/12 Flying Holding NV.

Astfel oferta Asocierii ... este neconformă. Aceasta conține în cadrul propunerii financiare preţuri care nu sunt rezultatul liberei concurenţe.

Entitatea contractantă a încălcat prevederile art. 219 din Legea 99/2019 alin. (1) lit. a) şi b) respectiv a atribuit contractul unui ofertant a cărui oferte nu îndeplineau toate cerințele, condițiile şi criteriile stabilite prin documentația de atribuire: garanția de participare depusă online nu era validă la data depunerii ofertei.

Entitatea contractantă a creat prin clarificările/solicitările sale un avantaj evident în favoarea Asocierii desemnate câștigătoare, contrar art. 221 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 – Asocierea ... omisese să transmită fişele tehnice la 6 dintre elementele din propunerea tehnică. Atașându-le prin răspunsul la solicitarea de clarificări, aceasta şi-a modificat propunerea tehnică. Cele 6 solicitări ale entității contractante au încălcat principiul proporționalității şi au creat un avantaj semnificativ ofertantului declarat câștigător.

Entitatea contractanta a respins candidatura ...SA aplicând, contrar principiilor de drept UE al achizițiilor publice, legea domestică a societăților comerciale, respectiv Legea nr. 31/1990. Această nelegalitate afectează validitatea tuturor actelor subsecvente întocmite de entitatea contractantă.

Contestatoarea invocă inadmisibilitatea excepției lipsei de interes exprimată de către entitatea contractantă în punctul de vedere, în sensul că nimeni nu-si poate invoca propria culpă (Nemo auditur propria turpitudinem allegans).

Astfel, în cuprinsul punctului de vedere la contestație, entitatea contractanta a invocat excepția lipsei de interes a ... SA pentru promovarea contestației prin raportare la prețul ofertei sale.

În acest sens, contestatoarea precizează că entitatea contractantă nu trebuia să cunoască şi să dezvăluie prețul ofertei sale.

Sistemul electronic de achiziții publice (Sistem informatic colaborativ pentru mediu performant de desfășurare al achizițiilor publice – SICAP) nu permite vizualizarea prețului ofertelor care nu s-au calificat la etapa evaluării financiare.

Entitatea contractantă cunoaște prețul ofertei contestatorei din cauza unei erori (sau lacune) a Sistemului electronic de achiziții publice. Astfel, după eliminarea unui ofertant de la faza DUAE, sistemul nu mai permite schimbul de informații şi transmiterea de documente în sistemul electronic.

De aceea, după eliminarea ....SA prin procesul verbal nr. 5256/31.01.2019, entității contractante au fost nevoiți să îi transmită prin email solicitarea de prelungire a ofertei şi a garanției de participare. Au făcut-o prin solicitarea nr. 8638 / 18.02.2019 transmisă prin email de către ..., membru al comisiei de evaluare.

Contestatoarea a răspuns acestei solicitări, prelungind perioada de valabilitate a ofertei şi a garanției de participare până la data de 30.04.2019 prin atașarea formularului de ofertă, respectiv Formularul 3.

În cuprinsul acestui formular (tipizat) contestatoarea trebuia să menționeze inclusiv prețul ofertei, ceea ce a făcut. La acest moment, entitatea contractantă a aflat prețul ofertei ... SA.

Astfel, anterior respingerii contestatoarei de la faza DUAE, formularul 3 (prețul ofertei) era criptat în sistemul electronic de achiziții. Prin respingerea contestatoarei şi imposibilitatea de a purta comunicări ulterioare cu entitatea în SICAP, formularul 3 care trebuia menținut în continuare criptat a fost decriptat.

Cu toate acestea, deși a aflat prețul, în virtutea obligației ce îi incumbă în baza art. 135 din HG nr. 394/2016, entitatea contractantă avea obligația de a nu-l dezvălui şi de a nu se prevala de cunoașterea acestui aspect.

Obligația de confidențialitate se extinde şi asupra acelor informații care nu au fost declarate confidențiale de către ofertanți. Art. 135 din HG nr. 394/2016 reglementează o obligație generală de confidențialitate care se aplică inclusiv în situația de faţă, cu privire la prețul ofertei ... SA dezvăluit odată cu prelungirea validității ofertei și a garanției de participare.

În subsidiar contestatoarea arată că entitatea contractantă, cel puțin, nu se putea prevala de circumstanțele descrise pentru invocarea excepției lipsei de interes.

Sistemul electronic de achiziții împiedică autoritățile/entitățile contractante de la a vedea prețul ofertelor înainte de evaluarea financiară pentru a înlătura arbitrariul acesteia în cadrul evaluării propunerii tehnice.

Odată cu intrarea în vigoare a OUG nr. 45/2018 pentru modificarea și completarea unor acte normative cu impact asupra sistemului achizițiilor publice. Ofertanții a căror ofertă a fost respinsă după evaluarea DUAE pot contesta decizia autorității contractante doar după finalizarea procedurii.

În atare condiții, setările sistemului electronic de achiziții ce nu permit autorității contractante accesarea/vizualizarea prețului unui ofertant sunt de natură a-i garanta accesul la un remediu efectiv şi dreptul

efectiv de a formula o contestație împotriva deciziei de respingere a ofertei sale.

Astfel, după intrarea în vigoare a OUG nr. 45/2018 şi ținând seama de setările Sistemului Electronic de Achiziții, unui ofertant care a fost respins de la faza DUAE nu i se poate opune nicicând excepția lipsei de interes pe motive legate de prețul ofertei sale.

În situația de faţă, contestatoarea a prelungit validitatea ofertei şi a garanției de participare, trimițând Formularul 3 care a dezvăluit inclusiv prețul ofertei.

Entitatea contractantă nu trebuia însă să cunoască acest preț şi dacă l-a cunoscut nu trebuia şi nu putea să-l dezvăluie. După transmiterea Formularului 3 şi prelungirea validității ofertei şi a garanției de participare, deși a fost dezvăluit prețul ofertei, acesta trebuia să rămână cunoscut doar entității contractante, nu tuturor.

Ca atare, în lipsa cunoașterii acestui preț, entitatea contractantă nu ar fi putut invoca excepția lipsei de interes. De aceea, excepția lipsei de interes invocate de entitatea contractantă este inadmisibilă.

Contestatoarea justifică un interes în promovarea prezentului demers judiciar indiferent de rezultatul evaluării ofertei sale.

Jurisprudența CJUE a dezlegat cu claritate acest aspect. Contestatoarea are un interes în contestarea actelor emise de entitatea contractantă în cursul acestei proceduri indiferent de rezultatul evaluării ofertei sale, respectiv, indiferent dacă oferta sa ar fi fost declarată neconformă, inacceptabilă sau cu un preț mai mare decât al altui ofertant. Anularea prezentei proceduri şi oportunitatea de a participa la o nouă procedură este în sine un interes suficient pentru a face prezentul demers în justiție.

Această regulă se desprinde din jurisprudența obligatorie (de dată recentă) a CJUE.

Astfel, în cauza C-689/13 Puligienica Facility Esco SpA (PFE)

Impotriva Airgest SpA, întrebată fiind dacă se poate bloca acțiunea unuia dintre ofertanți prin excepția lipsei de interes în aşa fel încât să nu i se permită analizarea argumentelor sale de fond, Curtea a reținut:

25 La punctul 34 din aceeași hotărâre, Curtea a interpretat, prin urmare, articolul 1 alineatul (3) din Directiva 89/665 în sensul că această dispoziție se opune ca o cale de atac a unui ofertant a cărui ofertă nu a fost selectată să fie declarată inadmisibilă în urma examinării prealabile a excepției de inadmisibilitate invocate în cadrul căii de atac incidente a adjudecatarului, fără o pronunțare cu privire la conformitatea celor două oferte în discuție cu specificațiile caietului de sarcini.

26 Această hotărâre constituie o concretizare a cerințelor dispozițiilor dreptului Uniunii citate la punctul 23 din prezenta hotărâre, în împrejurări în care, în urma unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, doi ofertanți introduc căi de atac prin care urmăresc excluderea lor reciprocă.

27 Într- o asemenea situație, fiecare dintre cei doi ofertanți are un interes în obținerea unui anumit contract. Astfel, pe de o parte, excluderea unui ofertant poate conduce la obținerea de către celălalt a contractului direct în cadrul aceleiași proceduri. Pe de altă parte, în ipoteza unei excluderi a celor doi ofertanți și a deschiderii unei noi proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, fiecare dintre ofertanți ar putea să participe și, astfel, să obțină în mod indirect contractul.

28 Interpretarea, amintită la punctele 24 și 25 din prezenta hotărâre, care a fost dată de Curte în Hotărârea Fastweb (C- 100/12, EU:C:2013:448) este aplicabilă într- un context precum cel din cauza principală. Astfel, pe de o parte, fiecare dintre părțile din litigiu are un interes legitim care înseamnă excluderea ofertei celorlalți concurenți. Pe de altă parte, așa cum a subliniat avocatul general la punctul 37 din concluzii, nu este exclus ca una dintre neregulile care justifică excluderea atât a ofertei adjudecatarului, cât și a celei a ofertantului care contestă decizia de atribuire a autorității contractante să vicieze și celelalte oferte depuse în cadrul procedurii de cerere de ofertă, ceea ce ar putea să o pună pe aceasta din urmă în situația de a trebui să lanseze o nouă procedură.

29 Numărul de participanți la procedura de atribuire a contractului de achiziții publice respectiv, numărul de participanți care au introdus căi de atac, precum și divergența motivelor invocate de aceștia nu sunt pertinente pentru aplicarea principiului jurisprudențial care rezultă din Hotărârea Fastweb (C- 100/12, EU:C:2013:448).

30 Având în vedere considerațiile care precedă, trebuie să se răspundă la prima întrebare adresată că articolul 1 alineatul (1) al treilea paragraf și alineatul (3) din Directiva 89/665 trebuie interpretat în sensul că se opune ca o cale de atac principală introdusă de un ofertant care are vreun interes în obținerea unui anumit contract și care a fost prejudiciat sau riscă să fie prejudiciat printr- o presupusă încălcare a dreptului Uniunii

în materie de contracte de achiziții publice sau a normelor de transpunere a acestui drept și prin care se urmărește excluderea unui alt ofertant să fie declarată inadmisibilă în temeiul normelor procedurale naționale care prevăd examinarea cu prioritate a căii de atac incidente formulate de acest alt ofertant.

Totodată, într-o exprimare la fel de clară ca cea a deciziei Curții, Avocatul General MELCHIOR WATHELET reţine în concluziile sale prezentate la 23 aprilie 2015 la paragraful 49:

Prin urmare, suntem de acord cu poziția Comisiei atunci când aceasta scrie în observații că este determinant faptul că calea de atac principală și calea de atac incidentă dau naștere unui interes legitim care să însemne redeschiderea procedurii de cerere de ofertă.

La fel de relevantă şi obligatorie este şi interpretarea dată de CJUE în cauza Fastweb, unde la paragrafele 33 – 34, aceasta a reținut:

Or, în cazul unei astfel de constatări, acțiunea incidentă a adjudecatarului nu poate conduce la respingerea căii de atac a unui ofertant în ipoteza în care legalitatea ofertei fiecăruia dintre operatori este pusă în discuție în cadrul aceleiași proceduri și pentru motive de aceeași natură. Astfel, într-o asemenea situație, fiecare dintre concurenți poate invoca un interes legitim care să însemne excluderea ofertei celorlalți, ceea ce poate să conducă la constatarea imposibilității pentru autoritatea contractantă de a efectua selecția unei oferte legale.

Având în vedere considerațiile care precedă, trebuie să se răspundă la întrebarea adresată că articolul 1 alineatul (3) din Directiva 89/665 trebuie interpretat în sensul că, dacă, în cadrul unei proceduri privind o cale de atac, adjudecatarul, care a obținut contractul și a formulat o cale de atac incidentă, ridică o excepție de inadmisibilitate întemeiată pe lipsa calității procesuale active a ofertantului care a formulat această cale de atac pentru motivul că oferta pe care acesta din urmă o prezentase ar fi trebuit să fie înlăturată de autoritatea contractantă din cauza neconformității sale cu specificațiile tehnice definite de autoritatea contractantă în caietul de sarcini, dispoziția menționată se opune ca această cale de atac să fie declarată inadmisibilă în urma examinării prealabile a excepției de inadmisibilitate menționate fără o pronunțare cu privire la conformitatea cu respectivele specificații tehnice atât a ofertei adjudecatarului, care a obținut contractul, cât și a celei a ofertantului care a formulat calea de atac principală.

În sprijinul tezei sale, contestatoarea învederează că există şi argumente de drept intern, nu doar de drept european. Astfel, în ceea ce privește înțelesul noțiunii de interes în contenciosul administrativ, ICCJ, secția de contencios administrativ a remarcat în decizia 423/2015 că Legea contenciosului administrativ definește noțiunea de interes legitim la art. 2 alin. (1) litera p) ca fiind posibilitatea de a pretinde o anumită conduită, în considerarea unui drept subiectiv, viitor şi previzibil, prefigurat iar conform art. 33 din C. proc. Civ., (norma generală), chiar dacă interesul nu este actual şi născut, se poate formula o cerere cu scopul de a preveni încălcarea unui drept subiectiv amenințat sau pentru a preîntâmpina producerea unei pagube iminente şi care nu s-ar putea repara.

Totodată, în doctrină s-a observat că în procedurile de achiziție publică, interesul legitim al operatorilor economici este de a fi acceptați să participe la aceste proceduri, pe care unele autorități sunt obligate să le organizeze în vederea realizării funcției lor publice pentru care au fost înființate, context în care s-ar putea contura un drept subiectiv viitor şi previzibil, prefigurat al operatorilor economici. Dacă licitația contestată nu ar fi anulată în ipoteza constatării caracterului nelegal al ei, operatorul economic care a formulat contestația şi care speră în reluarea licitației în condiții de legalitate ar fi văduvit în mod cert de exercițiul dreptului subiectiv se a participa la nouă licitație pe care o pretinde.

Totodată, contestatoarea invocă faptul că oferta Asocierii Electromontaj este inacceptabilă. Declarațiile membrului asocierii Romelectro din cuprinsul DUAE sunt neadevărate - Cauzele conexate T-91/12 și T-280/12 Flying Holding NV.

Prin Documentul European de Achiziție Unic, ...(parte din asocierea declarata câștigătoare) a răspuns la următoarea întrebare legată de Conflictul de interes: Operatorul economic sau o întreprindere care are legături cu acesta a oferit consultanţă autorității contractante sau entității contractante sau a participat în orice alt mod la pregătirea procedurii de achiziții publice? Răspunsul ... a fost *NU*, acest răspuns nefiind adevarat.

Astfel, ... nu a declarat în DUAE faptul că este acționar majoritar al entității care este elaboratorul documentației tehnice de atribuire, respectiv ... SA. Contestatoarea menționează că ISPE a proiectat o parte din stâlpii solicitați şi Celpi i-a executat în decursul timpului pentru alte proiecte. Ambele companii au ca acționar majoritar ..., unul din participanții la procedură.

Din raportul de furnizare informații, emis de Oficiul de Naţional al Registrului Comerțului, anexat prezentelor note, rezultă că acționarul majoritar al ... SA este ..., cu o cotă de 69,99% de participare la pierderi şi beneficii.

Rezultă că declarația ... din DUAE este neadevărată.

Participantul la procedură, ... ar fi trebuit să declare acest aspect pentru a da oportunitatea entității contractante de a verifica dacă printr-o atare implicare se creează o distorsiune a competiției.

Contestatoarea precizează totodată că entitatea contractantă nu a observat/investigat (deși trebuia şi putea să o cunoască) declarația falsă a Romelectro adâncind prin aceasta nelegalitatea procedurii de atribuire.

Astfel, prin Procesul Verbal nr. 48202/09.11.2018, proces verbal care a vizat evaluarea garanțiilor de participare, a informațiilor din DUAE şi stabilirea solicitărilor de clarificare necesare la pagina 682 din dosarul achiziției, entitatea contractantă evaluează modalitatea de completare de către Romelectro a informațiilor privind implicarea directă sau indirectă în pregătirea acestei proceduri de achiziție publică şi declarația Romelectro cum că o astfel de implicare nu ar exista, după cum urmează: DUAE completat corespunzător.

Entitatea contractantă trebuia însă şi putea să cunoască această implicare prin prisma solicitărilor de clarificare anterioare depunerii ofertelor.

Astfel, prin Clarificarea Set 2 nr. 37321/07.09.2018, Romelectro a întrebat:

Având în vedere faptul că societatea noastră a fost elaboratoarea Proiectului Tehnic şi nu am fost implicați în elaborarea Documentației de Atribuire pentru lucrarea ce este supusă achiziției prin prezenta procedură, va rugam să clarificați dacă participarea societății noastre la prezenta procedură reprezintă un conflict de interese. Am dori totodată să menționăm că la documentația elaborată de societatea noastră are acces orice posibil ofertant, deoarece aceasta este atașată anunțului de participare în SICAP.

Entitatea a răspuns vag citând textele legale însă aceasta trebuia să aibă suficiente indicii şi să cunoască implicarea anterioară a Romelectro în procedura de achiziție.

Deși nu este cunoscut autorul întrebării, contestatoarea deduce că Asocierea declarată câștigătoare a fost cea care a adresat această întrebare (fiind în realitate cei implicați în elaborarea proiectului şi singurul ofertant din România).

De altfel, se poate afirma că întrebarea 6 din Clarificarea Set 2 nr. 37321/07.09.2018 reprezintă în realitate o recunoaștere a declarației neadevărate din DUAE din partea ....

Sancțiunea pentru o atare declarație necinstită constă în respingerea ofertei ca neconformă. Această problemă s-a ridicat şi în literatura de specialitate.

În etapa de evaluare a ofertelor se poate constata, uneori, că declarațiile inițiale ale ofertantului sunt infirmate de documente obținute de autoritatea contractantă de la diverse instituții, în scopul verificării înscrisurilor depuse de operatorul economic. În consecință, cerința de calificare în cauză nu ar mai fi îndeplinită, iar oferta respinsă.

Totodată, contestatoarea reiterează faptul că oferta Asocierii ... este neconformă. Aceasta conține în cadrul propunerii financiare preţuri care nu sunt rezultatul liberei concurenţe – art. 143 alin. (3) c).

Situația mai sus expusă are drept consecință indirectă inclusiv faptul că oferta Asocierii ... conține în cadrul propunerii financiare preţuri care nu sunt rezultatul liberei concurenţe, atrăgând prin aceasta neconformitatea ofertei.

Astfel, societatea deținută majoritar de ... SA, respectiv ... SA ISPE a proiectat o parte din stâlpii solicitați în documentația tehnică în vreme ce societatea S.C. ... S.A. i-a executat în decursul timpului pentru alte proiecte. Ambele companii au ca acționar majoritar ..., unul din participanții la procedură.

Cele trei companii asociate sunt şi singurii producători ai stâlpilor electrici menționați în documentația tehnică. Doar ei au furnizat tipurile de stâlpi solicitați de ... şi au produsele testate în cadrul altor proiecte.

Modelul de stâlp cerut se găsește în lista cu stâlpi produși de ... În cuprinsul acesteia se observă foarte clar (în dreptul numărului 20) faptul că stâlpii impuși de entitatea contractantă sunt proiectați de ...

În documentația de atribuire s-a stabilit cerința ca stâlpii din oferta tehnică să fie omologați de entitatea contractantă. Această omologare presupune efectuarea unor teste care implică inclusiv distrugerea stâlpilor.

În perioada solicitărilor de clarificare, contestatoarea susţine că a solicitat entității contractante:

(i) pe de o parte să acorde ofertanților posibiltatea de a propune un model de stâlp similar celor proiectați şi fabricați de ofertantul câștigător prin companii deținute de unul dintre membrii asocierii,

(ii) pe de altă parte, o extindere de timp pentru a putea proiecta stâlpi similari celor pe care Asocierea declarată câștigătoare îi produce deja şi pe care ... i-a şi omologat.

Mai precis, prin Clarificarea Set 2 nr. 37321/07.09.2018, contestatoarea a întrebat la punctul 13 după cum urmează: Este posibil să se propună un tip nou de stâlp metalic? Dacă da, este necesară testarea şi omologarea stâlpilor? entitatea contractantă a răspuns după cum urmează:

Trebuie respectată gama de stâlpi din documentația de licitatie. În situaţia în care, după realizarea fazei de proiectare rezultă ca necesar anumite modificări/ corecţii asupra construcţiei metalice a stâlpului, acestea se vor opera cu încadrarea în cerinţele tehnice al documentaţiei de licitaţie şi cu respectarea suprafeţelor de teren expropriate.

Prin expresia *"trebuie respectată gama de stâlpi"*, entitatea contractantă s-a referit la faptul că trebuie respectată lista de stâlpi din documentația de atribuire, cu alte cuvinte nu a permis ofertanților propunerea de produse similare.

Conceptul de produse similare este reglementat de Directiva 2014/24/EU, concept care este transpus de prevederile art. 18 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 și anume:

„(3) În sensul dispozițiilor alin. (1), prin produse similare se înțelege acele produse care îndeplinesc în mod cumulativ următoarele condiții:

a) sunt destinate unor utilizări identice sau similare;

b) fac parte din gama normală de produse care sunt furnizate/comercializate de către operatori economici cu activitate constantă în sectorul respectiv.

Entitatea contractantă a limitat prin urmare posibilitatea ofertanților (alții în afară de cei care au proiectat şi fabricat stâlpii prevăzuți în proiectul tehnic) de a formula o propunere financiară competitivă.

Inflexibilitatea entității contractante se poate observa şi prin răspunsurile la solicitările de clarificări 15 şi 65. Astfel, prin solicitarea de clarificare nr. 15, contestatoarea a întrebat dacă poate propune fundații alternative celor descrise în documentație de licitație. Răspunsul entității contractante a fost că nu poate propune soluții alternative. Mai precis, entitatea contractantă a răspuns după cum urmează: Fundaţiile sunt corelate cu gama de stâlpi din documentația de licitaţie.

Totodată, prin solicitarea de clarificare 65 contestatoarea a semnalat deja avantajul semnificativ pe care această situație o creează pentru ofertantul declarat câştigător după cum urmează:

Având în vedere că la solicitările de clarificare depuse de compania noastră în data de 11.08.2018 autoritatea contractantă nu a răspuns, cât

şi faptul că nu au fost puse la dispoziția ofertanților proiectele stâlpilor metalici, vă solicităm, pentru o transparenţă şi concurenţă loială, să decalați termenul de depunere al ofertelor, pentru a avea timpul necesar realizării ingineriei necesare unor stâlpi şi fundații noi.

Menționăm, că acești stâlpi metalici solicitați, au fost dezvoltați într-un proiect anterior al CN ... SA, proiect menționat în documentație tehnică, proiect dezvoltat şi omologat împreună cu două companii românești ... SA şi ... SA care deţin desenele de execuție ale acestor stâlpi şi care dețin un avantaj neloial faţă de ceilalţi competitori.

Entitatea contractantă i-a răspuns că se acordă o prelungire de 7 zile calendaristice. O atare prelungire este în mod evident lipsită de efect. Este evident că o societate nu poate proiecta stâlpii prevăzuți în proiectul tehnic sau stâlpi similari într-un termen de 7 zile. Un astfel de demers este un demers de săptămâni sau chiar luni de zile.

Acest dezavantaj creat de entitatea contractantă pentru toți ofertanții, cu excepția celui declarat câștigător a devenit evident pentru contestatoare doar odată cu consultarea ofertei financiare şi a prețului oferit de către Asocierea ....

În realitate avantajul semnificativ pe care entitatea contractantă l-a creat pentru ofertantul declarat câștigător a fost de ordin financiar deoarece pentru a produce o serie de stâlpi noi ar fi trebuit să plătite testele de tip în timp ce produsele lor au fost testate în cadrul altor proiecte ale .... Nu există alt organism național care să omologheze şi să certifice acești stâlpi. Ei sunt certificate doar de client, în cazul de faţă ....

Contestatoarea învedrează totodată că entitatea contractantă a încălcat prevederile art. 219 din Legea nr. 99/2019 alin. (1) lit. a) şi b) respectiv a atribuit contractul unui ofertant a cărui ofertă nu îndeplinea toate cerințele, condițiile şi criteriile stabilite prin documentația de atribuire: garanția de participare depusă online în sistemul electronic SEAP nu era validă la data depunerii ofertei.

La data depunerii ofertei, garanția de participare nu era validă.

Astfel, la baza Certificatului de Garantare Irevocabil (Formularul 2) emis de Eximbank cu privire la ofertantului declarat câștigător (fila 165 din dosarul achizitiei) stă Contractul de asigurare cu clauzele sale speciale şi generale. În Clauza de Garantare pentru Licitații – Condiții speciale încheiată între asiguratorul ofertantului declarat câștigător şi acesta din urmă, se menționează la art. 6:

„Prezenta asigurare de garanție produce efecte şi este în vigoare după cum urmează:

Începând cu data intrării în vigoare şi până la data expirării valabilității astfel cum sunt menționate în polița de garantare, cu condiția emiterii de către Asigurat în favoarea Asiguratorului, prin:

- *SC ... SA, în calitate de Lider al Asocierii, a unui bilet la Ordin stipulat „Fără Protest", pentru 57% din suma asigurată, respectiv 1.653.000 lei*
- *SC ... CLUJ SA, în calitate de Asociat a unei scrisori de garanție bancară irevocabilă, necondiţionată, plătibilă la prima cerere pentru 20% din suma asigurată, respectiv 580.000 lei*

- *SC ... SA în calitate de Asociat, a unui bilet la ordin stipulat „Fără Protest" pentru 23% din suma asigurată, respectiv 667.000 lei.*

Prin urmare condiția suspensivă din contractul de asigurare trebuia îndeplinită până la data şi ora-limită de depunere a ofertei şi în lipsa îndeplinirii acesteia, validitatea garanției de participare poate fi pusă în discuție.

Se mai arată că entitatea contractantă a creat în mod nelegal prin clarificările/solicitările sale, un avantaj evident în favoarea Asocierii desemnate câștigătoare, în contra art. 221 (2) din Legea nr. 99/2016 – Asocierea ...omisese să transmită fişele tehnice la 6 dintre elementele din propunerea tehnică. Atașându-le prin răspunsul la solicitarea de clarificări, aceasta şi-a modificat propunerea tehnică. Cele 6 solicitări ale entității contractante au încălcat principiul proporționalității şi au creat un avantaj semnificativ ofertantului declarat câștigător.

Din cuprinsul procesului verbal nr. 5256/31.01.2019 privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini, şi, după caz, cu factorii de evaluare rezultă că, după depunerea ofertelor, în perioada de evaluare a conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini şi entitatea contractantă a solicitat ofertantului declarat câștigător mai multe fişe tehnice.

Aceste solicitări se regăsesc la punctele 74, 75,79,82,83, 84 de la fila 1339 din dosarul achiziției. Din răspunsul ofertantului declarat câștigător rezultă că aceste fişe tehnice au fost transmise pentru prima dată după depunerea ofertei.

Pentru prima dată, ofertantul declarat câștigător atașează tabelul cu specificațiile tehnice solicitate. Același lucru rezultă şi din întrebarea 82,83, 84. Cu alte cuvinte, depunând propunerea tehnică incompletă şi propunerea financiară corespondentă. Cu alte cuvinte, entitatea contractantă nu a putut verifica ceea ce Asocierea ...a ofertat.

Însă prin solicitările sale de clarificare repetate şi multiple, entitatea contractantă a încălcat art. 221 alin.(2) din Legea nr. 99/2016.

Urmare a solicitărilor de clarificări ale entității contractante, ofertantul declarați câștigător şi-a modificat oferta tehnică, încălcând prin aceasta dispozițiile art. 140 din HG nr. 394/2016.

Entitatea contractantă a respins candidatura contestatoarei aplicând, contrar principiilor de drept UE al achizițiilor publice, legea domestică a societăților comerciale, respectiv Legea nr. 31/1990. Această nelegalitate afectează validitatea tuturor actelor subsecvente întocmite de entitatea contractantă.

Prin punctul de vedere depus la dosarul format pe rolul CNSC, entitatea contractantă a reiterat argumentele de drept comercial românesc în baza cărora aceasta a respins oferta SC ... SA de la faza DUAE.

Astfel, în punctul său de vedere, entitatea contractantă invocă prevederile art. 42 din Legea nr. 31/1990 care reglementează faptul că filialele sunt entități cu personalitate juridică.

Astfel, entitatea contractantă a încălcat flagrant principiul nediscriminării reglementat la art. 2 din cuprinsul Legii nr. 99/2016. Aceasta nu se putea prevala de un text din ordinea juridică internă pentru

a respinge un ofertant dintr-un alt stat membru, stat al cărei ordini juridice şi prevederi de drept comercial pot fi diferite de cele ale României.

În baza principiului proporționalității, aceasta ar fi trebuit cel mult să solicite contestatoarei să facă dovada legii spaniole sau din Chile aplicabile societăților comerciale.

Contestatoarea susţine că, expertul cooptat a întocmit un raport corect cu un raționament juridic şi tehnic lipsit de erori şi a conchis faptul că SC ...SA îndeplineşte condițiile privind experiența similară prin prezentarea contractului din Chile.

Analizând contractul depus de SC ... SA, expertul cooptat a reținut în cuprinsul raportului după cum urmează:

„Așadar, prin decretul suprem nr. 108, (..) i-au fost adjudecate societății ... drepturile de exploatare şi execuție a proiectului (...) iar ... şi ... SA au constituit o societate pe acțiuni închisă de garantarea exclusivă, în conformitate cu prevederile din condițiile de licitație, ulterior Elecnor cedând către CHATE drepturile şi obligațiile ce rezultă din decretul de adjudecare".

(...)

În scopul înțelegerii mai aprofundate a celor de mai sus, s-a procedat la o investigare a surselor disponibile pe Internet privind subiectul în cauză. (...) Așadar, într-un document întocmit de o companie cu reputație (Moody´s) sunt confirmate cele prezentate de ofertant în documentul probator pentru experiența similară privind relațiile dintre părțile implicate (...si ...) şi calitatea de garant al ...SA. (...).

Concluzii:

(...) se poate afirma că documentul probator prezentat de Elecnor îşi atinge scopul propus, acela de a documenta corespunzător experiența similară, şi că, în opinia şi în limita competenţelor elaboratorului acestui punct de vedere, ... SA are practic, în contractul prezentat, atât rol de antreprenor (prin filiala sa ... SA) cât şi de garant al contractului.

În mod nejustificat însă, entitatea contractantă nu a respectat concluziile Raportului expertului cooptat.

Urmare a Avizului Conform condiționat emis de ANAP, entitatea contractantă i-a solicitat clarificări suplimentare contestatoarei însă atare clarificări au fost formale, entitatea contractantă nerevizuind-şi în realitate raționamentul juridic viciat şi discriminatoriu.

În punctul de vedere depus la dosarul cauzei, aceasta invocă faptul că verificatorii ANAP au transmis un Aviz conform în cursul procedurii însă un atare aviz nu exonerează de răspundere entitatea contractantă şi în niciun caz, nu împiedică CNSC de la restaurarea legalității în prezenta procedură.

Contestatoarea învederează că opinia separată a membrilor Directoratului confirmă adevărul celor invocate.

În data de 21.05.2019, membrul directoratului .... transmite membrilor comisiei de evaluare o solicitare de remediere a viciilor de nelegalitate a procedurii de atribuire, respectiv adresa nr. 22818/21.05.2019 (filele 1560 – 1562 din dosarul achizitiei).

Astfel, prin această adresă, ...a retransmite comisiei de evaluare raportul procedurii aferent achiziției în vederea remedierii aspectelor de nelegalitate menționate în termen de 14 zile calendaristice.

Viciile semnalate de directorat rezidă în respingerea nelegală a SC ... SA prin raportare la dispozițiile Legii nr. 31/1990. Astfel, în cuprinsul acesteia se arată:

„Din analiza motivelor de drept invocate în raportul procedurii constatăm că, deşi ofertantul ... SA şi filiala sa ... SA sunt persoane juridice străine şi nu române, analiza privind regimul juridic al filialei s-a făcut doar cu strictă raportare la legea română care se aplică doar societăților romane şi nu prin raportare la legislația echivalentă din ţara de origine a ofertantului în cauză, respectiv legislația din Spania şi Chile.

Din analiza clarificărilor solicitate şi a documentelor prezentate rezultă faptul că, comisia de evaluare nu a ţinut cont în niciun moment de regimul juridic real al ofertanților, ci a făcut doar o paralelă cu preverile din legislaţia românească, încălcând în acest fel principiile nediscriminării şi tratamentului egal prevazute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, analizând îndeplinirea cerinţelor de către ofertantul de origine străină prin interpretarea legislaţiei române, care nu i se aplică”.

Comisia de evaluare nu a remediat viciile de nelegalitate şi 5 zile mai târziu emite raportul procedurii cu aceleași erori de raționament juridic şi aceleaşi vicii de nelegalitate.

Chiar şi după primirea adresei nr. 22818/21.05.2019 de la Directoratul Transelectrica, comisia de evaluare nu a remediat nelegalitatea săvârșită privind evaluarea ofertei SC ... SA de la faza DUAE.

Viciile procesului verbal nr. 48202/09.11.2018 s-au răsfrânt asupra tuturor actelor administrative subsecvente emise de entitatea contractantă pe parcursul acestei proceduri.

Conform principiului legalității aplicabil în dreptul administrativ, nulitatea sau nelegalitatea unui act prealabil atrage nulitatea tuturor actelor subsecvente.

În plus, alte erori flagrante ulterioare au determinat entitatea contractantă să declare câștigător un ofertant a cărui ofertă era neconformă şi inacceptabilă.

Prin adresa nr. 1925/02.07.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 24987/02.07.2019, SC ...SA formulează concluzii scrise în urma studierii dosarului cauzei în care solicită respingerea ca neîntemeiată a contestaţiei formulată de către SC ... SA şi menţinerea raportului procedurii precum şi a actelor subsecvente acestuia, ca fiind temeinice şi legale.

Intervenienta invocă excepţia lipsei de interes a contestaţiei promovate de ... SA având în vedere că aceasta a propus pentru execuţia lucrărilor un preţ de 343.143.426,31 lei fără TVA, în condiţiile în care valoarea estimată a contractului a fost de doar 296.551.600,00 lei fără TVA, rezultând o ofertă care depăşeşte cu 15,71 % valoarea estimată a contractului de achiziţie publică.

Conform prevederilor art. 143 alin. (2) lit. f) din HG nr. 394/2019, Elecnor, a depus o ofertă care nu putea fi admisă şi declarată câştigătoare, deoarece aceasta depăşea valoarea estimată a contractului,

fapt ce conduce în mod inevitabil la inacceptabilitatea ofertei, şi pe cale de consecinţă, la respingerea acesteia.

În acest context, prezentul demers juridic este lipsit de interes, întrucat contestaţia nu are ca scop remedierea unei încălcări legale, ci acela de a oferi contestatoarei şansa să participe la o nouă procedură, cu o nouă ofertă, fapt interzis şi sancţionat de legislaţia achiziţiilor publice şi a concurenţei loiale.

Or, folosul practic urmărit de ...este reprezentat de anularea deciziei entităţii contractante prin intermediul căreia oferta acesteia a fost respinsă ca inacceptabilă, situaţie care nu ar avea nici un efect în ceea ce priveşte inacceptabilitatea ofertei ... atât timp cât, indiferent de soluţia care se va pronunţa în prezenta cauză, oferta ... este şi rămâne inacceptabilă pentru faptul că oferta depăşeşte fondurile alocate proiectului/valoare estimativă a contractului de achiziţie publică.

i) De asemenea, intervenienta apreciază că nu pot fi primite alegaţiile ... SA privind publicitatea preţului ofertat de către acesta, atât timp cât, fără nici o obligaţie, ... a ales să facă publică valoarea ofertei sale prin intermediul Formularului 3 transmis odată cu prelungirea garanţiei de participare până la 30.04.2019.

Astfel, în data de 21.02.2019, ofertantul ... SA, a răspuns solicitării comisiei de evaluare, pe email, transmiţând următoarele documente: adresa de înaintare, formular de ofertă şi act adiţional de prelungire a garanţiei de participare.

În acelaşi timp, în cuprinsul formularului de ofertă, deşi comisia de evaluare nu a făcut o astfel de solicitare, ...SA a comunicat valoarea ofertei sale, respectiv 343.143.426,31 lei fără TVA.

ii) După cum se poate observa din cuprinsul caietului de sarcini, aceste documente ale achiziţiei publice au fost întocmite în luna noiembrie 2014 de ... şi ... SA, având CIF RO ...şi nr. de înmatriculare în Registrul comerctului: ...

În acest context, nu poate fi primită susţinerea ... SA conform căreia, documentaţia de atribuire a fost elaborată de ... SA, atât timp cât această societate comercială a fost înfiinţată în anul 2018, mult după întocmirea caietului de sarcini (la 4 ani).

iii) În cadrul caietului la sarcini la volumul 1_memoriu_tehnic_CS_rev02.pdf, la pct. 2.1. sunt prevăzute toate caracteristicile tehnice pe care trebuie să le îndeplinească stâlpii utilizaţi la execuţia proiectului:

2.1.1. - SCOPUL; 2.1.2. - STANDARDE ŞI RECOMANDĂRI, 2.1.3. - Stâlpi, 2.1.2. - Accesorii stâlpi, 2.1.3. - Materiale, 2.1.4. - Execuţia reperelor etc.

Or, în întregul capitol privind stâlpii, sunt date cu caracter general privind calitatea materialelor şi execuţia stâlpilor, fără nicio referire la stâlpii produşi de ... sau ..., prin intermediul filialelor, aşa cum greşit încearcă să acrediteze contestatoarea.

În acest context, nu poate fi primită susţinerea ... SA, conform căreia, ... a denaturat concurenţa, deoarece ar fi impus anumiţi stâlpi fabricaţi de ... sau ... atât timp cât în caietul de sarcini nu sunt impuse asemenea restricţii.

Intervenieta mai arată că potrivit pct. Ill.1.6.a) din fişa de date:

„III. 1.6. a) Garanţie de participare:

Cuantumul GP: Ofertantul trebuie să constituie GP în cuantum de 2.900.000 lei.

2. a) Perioada de valabilitate a GP: 4 luni de la termenul limită de primire a ofertelor

b) Modul de constituire: GP trebuie să fie irevocabilă. GP se constiuie:

- prin virament bancar

- în cazul constituirii GP prin virament bancar, contul IBAN pentru constituirea GP este:- R054RNCB0072005800630001 deschis la BCR sectorl, Bucureşti (pentru LEI); - R014BRDE410SV18545934100 deschis la BRD Academiei, București (pentru EURO), SWIFT BRDEROBU;

- prin instrument de garanţie emis în condiţiile legii de o societate bancară/societate de asigurări necondiţionat, respectiv la prima cerere a beneficiarului, pe baza declaraţiei acestuia cu privire la culpa persoanei garantate şi se prezintă entităţii contractante, cel mai târziu la data-ora limită de depunere a ofertelor conform art. 42 alin. (4) din HG nr. 394/2016 cu modificările şi completările ulterioare. GP se va depune doar în SEAP până la data-ora limită de depunere a ofertelor, indiferent de modul de constituire. Pentru conversia valorilor constituite în alte monede decât leul, se va utiliza cursul leu/valută stabilit de BNR şi valabil în ziua publicării anunţului de participare. Restituirea GP conform art.44 din HG nr. 394/2016"

Intervenienta susţine că a depus o garanţie în valoare de 2.900.000 lei, necondiţionată, constituită prin poliţa de asigurare emisă de ...SA, valabilă 4 luni de la termenul limită de primire a ofertelor şi prelungită succesiv până la 30.04.2019.

Mai mult, cele trei BO au fost înmânate către asigurator, odată cu emiterea Poliţei de asigurare GL 0019060/25.10.2018 emisă de ....

Or, în acest context, nu poate fi primită susţinerea conform căreia, garanţia de participare nu îndeplineşte condiţiile din fişa de date a achiziţiei.

După cum se poate observa din raportul procedurii de atribuire nr. 11433/30.05.2019, acesta cuprinde toate elementele prevăzute în dispoziţiile legale menţionate anterior, respectiv denumirea şi adresa entităţii contractante, obiectul şi valoarea contractului sectorial/acordului-cadru sau a sistemului dinamic de achiziţii, rezultatele procesului de calificare şi/sau selecţie a candidaţilor/ofertanţilor şi/sau reducerea numărului acestora pe parcursul procedurii de atribuire; denumirea ofertantului declarat câştigător şi motivele pentru care oferta acestuia a fost desemnată câştigătoare; subcontractanţii, motivele de respingere/admitere, etc.

Având în vedere cele de mai sus, nu poate fi primită susţinerea E... SA potrivit căreia raportul procedurii nu este motivat în detaliu cu privire la raţiunile pentru care oferta Asocierii ...a fost considerată câştigătoare, atât timp cât actul contestat cuprinde toate menţiunile legale prevăzute la art. 230 din Legea nr. 99/2016.

În ceea ce priveşte valoarea neobişnuit de scăzută a ofertei ..., această critică se solicită a fi respinsă deoarece aceasta reprezintă o valoare apropiată de valoarea estimată a contractului.

În ceea ce priveşte critica privind nelegalitatea respingerii ofertei ... ca inacceptabilă, respectiv încălcarea de către entitatea contractantă a priorităţii dreptului UE şi a Hotărârilor pronunţate de CJUE în cauza C-464/05 Pressetext şi Cauza C-389/92 Ballast Cedam şi încălcarea de către entitatea contractantă a supremaţiei dreptului european, intervenienta susţine că cele două speţe din jurisprudenţa CJUE nu sunt incidente în prezenta cauză, dupa cum urmează:

1. Cauza C-464/05 Pressetext:

„Hotărârea Curţii (camera a patra) din data de 25 octombrie 2007. Maria Geurts şi Dennis Vogten împotriva Administraţie van de BTW, registratie en domeinen si Beigische Staat.

Cerere având ca obiect pronunţarea unei hotărâri preliminare: Rechtbank van eerste aanieg te Hasselt -Belgia.

Articolele 43 CE şi 56 CE - Reglementare fiscală naţională - Drepturi succesorale - Societate familială -Exonerare - Condiţii - încadrarea în muncă a unui anumit număr de lucrători într-o regiune a unui stat membru.

Cauza C-464/05.

Repertoriul de jurisprudenţă 20071-09325 Identificator ECU: ECLI:EU:C:2007:631"

Această acţiune a avut ca obiect pronunţarea unui hotărâri preliminare: Rechtbank van eerste aanieg te Hasselt - Belgia pe Articolele 43 CE şi 56 CE - Reglementare fiscală naţională - Drepturi succesorale - Societate familială - Exonerare – Condiţii - încadrarea în muncă a unui anumit număr de lucrători într-o regiune a unui stat membru. Cauza C-464/05, fără nicio legătură cu participarea în cadrul unei proceduri de achiziţie publică.

Pe cale de consecinţă, speţa prezentată nu are legătură cu prezenta procedură de achiziţie publică.

2. Cauza C-389/92 Ballast Cedam:

„Hotararea Curţii (camera a cincea) din data de 14 aprilie 1994. Ballast Nedam Groep NV împotriva Belgische Staat.

Cerere având ca obiect pronunţarea unei hotărâri preliminare: Raad van State - Belgia.

Libera prestare a serviciilor.

Cauza C-389/92.

Identificator ECU: ECLI:EU:C:1994:133"

După cum se poate observa, s-a avut în vedere o hotărâre preliminară care să prevadă posibilitatea unui holding de a depune o cerere de înregistrare la Comitetul pentru înregistrarea contractorilor (în procedura Olandeză), cerere care iniţial a fost respinsă, deoarece, în calitate de holding, nu a executat ea însăşi lucrări, ci, lucrările efectuate de filialele sale, care erau persoane juridice distincte.

Or, în cauza de faţă nu se face referire la posibilitatea înscrierii ... SA pe o listă a contractorilor agreaţi, având în vedere faptul că ... SA a

executat anumite lucrări, ci este forma de îndeplinire a criteriilor privind experienţa similară solicitată prin documentaţia de atribuire şi selecţie.

Or, în cauza de faţă, decizia de respingere a ofertei ...a avut la bază, neîndeplinirea criteriilor privind experienţa similară şi nu înscrierea pe o listă prin acceptarea lucrărilor executate de o terţă parte faţă de prezenta procedură.

Astfel că, şi din acest punct de vedere, ... nu se poate prevala de experienţa similară a ... SA.

Intervenienta mai arată că potrivit art. 134 alin. (6) din HG nr. 394/2016, comisia de evaluare are posibilitatea de a lua sau nu în considerare raportul expertului cooptat.

În măsura în care nu sunt de acord cu cele susţinute de expert, membrii comisiei pot întocmi note individuale, fapt care s-a şi realizat în cadrul prezentei proceduri.

Expertul cooptat în cadrul procedurii de către ..., în calitatea sa de inginer, a făcut o analiză tehnică a resurselor ... SA propuse de către ... SA, fără a avea cunoştinţe juridice.

Or, acesta este şi motivul pentru care oferta ... SA a fost respinsă, respectiv pentru neîndeplinirea condiţiilor juridice impuse prin fişa de date a achiziţiei, în sensul că, nu are experinţa similară necesară calificării, invocând experienţa unei terţe părţi care nu participă la procedură.

De fapt, aceasta a fost şi opinia membrilor comisiei de evaluare, opinie evidenţiată prin notele individuale ataşate raportului procedurii.

Pentru acelaşi motive de fapt şi de drept, membrii comisiei de evaluare au respins şi solicitarea de remediere înaintată de dl. ... - membru al Comitetului Director al ...

... SA menţionează faptul că solicitările prevăzute la paginile 74, 75, 79, 82, si 84 de la fila 1339 din dosarul achiziţiei publice reprezintă simple confirmări ale documentelor deja depuse odată cu oferta.

Conform dispoziţiilor art. 140 alin. (1), (6) şi (7) din HG nr. 394/2016:

„Art. 140. - (1) Comisia de evaluare va stabili termenul-limită în funcţie de volumul şi complexitatea clarificărilor şi completărilor formale sau de confirmare necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte. Termenul astfel stabilit va fi, de regulă, de minimum o zi lucrătoare.

(6) Prin excepţie de la dispoziţiile alin. (5), oferta va fi considerată admisibilă în măsura în care modificări operate de ofertant in legătură cu propunerea sa tehnica se incadreaza in una dintre categoriile de mai jos:

a) pot fi incadrate in categoria viciilor de forma; sau

b) reprezintă corectări ale unor abateri tehnice minore, iar o eventuala modificare a preţului total al ofertei, indusa de aceste corectări, nu ar fi condus la modificarea clasamentului ofertanţilor participanţi la procedura de atribuire.

(7) Sunt considerate abateri tehnice minore acele omisiuni/abateri din propunerea tehnica care pot fi completate/corectate intr-un mod care nu conduce la depunerea unei noi oferte."

Or, depunea ulterioară a celor şase fişe tehnice ale unora dintre elementele minore din oferta SC ... SA, nu reprezintă o modificare a

propunerii tehnice, atât timp cât, nu se depăşeşte 1% din preţul total al ofertei, nu schimbă clasamentul ofertanţilor, nu reprezintă o modificare care ar presupune o diminuare calitativă în comparaţie cu oferta iniţială.

Prin adresa nr. 29068/04.07.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 25454/04.07.2019, ... SA formulează concluzii scrise în care solicită respingerea ca inadmisibile, în temeiul art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, a tuturor capetelor de cerere privind documentaţia de atribuire şi răspunsurile la clarificări ale entităţii contractante în perioada de preofertare.

Încă de la începutul susţinerilor, contestatoarea îşi începe pledoaria cu un neadevar pe care ulterior îl confirmă ca neadevar prin recunoaşterea derulării faptelor şi anume: constatoarea afirmă că *"entitatea contractantă cunoaşte preţul ofertei subscrisei din cauza unei erori (sau lacune) a Sistemului electronic de achiziţii publice"*, ceea ce nu este adevarat, lucru pe care îl recunoaşte şi aceasta în susţinerea sa.

Reprezentaţii entităţii (comisia de evaluare) au solicitat prelungirea ofertei şi a garanţiei de participare şi nu au solicitat în niciun caz, formularul de ofertă. Prelungirea valabilităţii ofertei putea fi făcută printr-o declaraţie pe propria răspundere, fără transmiterea formularului de ofertă, ceea ce contestatoarea a făcut ulterior când i-a mai fost solicitată încă o dată prelungirea valabilităţii ofertei şi a garanţiei. Preţul ofertei nu a fost decriptat de SEAP, ci acesta a fost comunicat voluntar de către contestatoare.

Cu privire la confidenţialitatea preţului ofertat, conform art. 154 din HG nr. 394/2016, formularul de ofertă face parte din dosarul achiziţiei, drept pentru care acesta nu poate fi declarat confidenţial. Mai mult, confidenţialitatea nu poate fi invocată faţă de Consiliu.

În ceea ce priveşte interesul invocat de către contestatoare în susţinerea demersului său, indiferent care ar fi rezultatul evaluării ofertei sale, entitatea contractantă susţine că a respectat prevederile legale şi a publicat prin toate mijloacele de comunicare impuse de legislaţia în vigoare anunţul de participare şi întreaga documentaţie de atribuire. Astfel, toţi operatorii economici interesaţi de prezenta procedură, aveau posibilitatea să depună o ofertă în cadrul prezentei proceduri, aşa cum şi contestatoarea a avut acest drept pe care l-a exercitat, depunând o ofertă. Practic însă, contestatoarea şi-a pierdut interesul legitim în procedură la momentul în care acesta şi-a întocmit oferta financiară care depăşea limita de 15% faţă de valoarea estimată, aşa cum prevede art. 143, alin. (2), lit. f) din HG nr. 394/2016 coroborat cu art. 241 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 99/2016.

Astfel, este evident că prin valoarea ofertei financiare depuse de către contestatoare, aceasta a ales în mod voluntar să depună o ofertă ce nu ar fi putut fi declarată câştigătoare şi în orice caz ar fi fost respinsă ca inacceptabilă în confomitate cu art. 143 alin.(2) lit. f) din HG nr. 394/2016 coroborat cu art. 241 alin. (1) lit. b din Legea nr. 99/2016, deci este absolut evident faptul că, contestatoarea nu are cum să sufere niciun prejudiciu ca urmare a acţiunilor entităţii contractante, ci suportă consecinţele propriilor decizii şi acţiuni.

Contestatoarea, având în vedere că nu se încadra în prevederile legale privind suplimentarea valorii estimate, avea dreptul să semnaleze entităţii contractante faptul că valoarea estimată este prea mică din punctul acesteia de vedere, prin transmiterea unei solicitări de clarificare sau prin depunerea unei contestaţii dar nu a făcut aceste demersuri în perioada de preofertare.

De asemenea, entitatea contractantă menţionează că caietul de sarcini a fost elaborat de către Consorţiul ... SA şi ... SA. Contractul a fost atribuit prin procedura de licitaţie deschisă în anul 2010 şi caietul de sarcini a fost predat către ... SA în anul 2014.

Potrivit art. 149 din Legea nr. 99/2016: *(1) În situaţia în care un candidat/ofertant sau o entitate care are legături cu un candidat/ofertant a oferit opinii, sugestii sau recomandări entităţii contractante în legătură cu pregătirea procedurii de atribuire, în cadrul consultărilor prevăzute la art. 148 sau în orice alt mod, inclusiv ca parte a unor servicii de consultanţă, ori a participat în alt mod la pregătirea procedurii de atribuire, entitatea contractantă ia toate măsurile necesare pentru a se asigura că participarea respectivului candidat/ofertant la procedura de atribuire nu este de natură a denatura concurenţa.*

(2) Măsurile prevăzute la alin. (1) pot include, printre altele, comunicarea către ceilalţi candidaţi/ofertanţi a informaţiilor relevante care au fost transmise în contextul participării candidatului/ofertantului la pregătirea procedurii de atribuire sau care decurg din această participare şi stabilirea unor termene corespunzătoare pentru depunerea ofertelor.

Prin publicarea documentaţiei de atribuire în SEAP şi în JOUE, entitatea contractantă a publicat informaţiile relevante necesare operatorilor economici pentru întocmirea unei oferte. Termenul de depunere a ofertelor a fost de 94 de zile, termen calculat de la data publicării anunţului de participare.

Astfel, ofertanţii au avut o perioadă de 3 luni la dispoziţie, timp în care au avut posibilitatea de a-şi întocmi ofertele.

Susţinerile contestatoarei conform cărora orice operator economic care depune o ofertă neconformă sau inacceptabilă în cadrul unei proceduri de atribuire, are dreptul şi interesul legal de a solicita şi de a obţine anularea procedurii de atribuire, fără ca măcar aceasta să solicite reevaluarea propriei oferte şi declararea acesteia ca şi câştigătoare, cu consecinţa de a avea posibilitatea de a depune o nouă ofertă admisibilă în cadrul unei noi proceduri de atribuire, entitatea contractantă le apreciază că fiind total false şi mai mult decât atat contravin prevederilor legale în vigoare (inclusiv art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016).

Contestatoarea a avut posibilitatea de a depune o ofertă admisibilă şi nu a făcut acest lucru. Prin toate acţiunile intreprinse de aceasta pe parcursul derulării procedurii de atribuire, aceasta a dovedit că a ignorat legislaţia în ceea ce priveşte achiziţiile publice şi astfel nu a întocmit o ofertă care să îndeplinească cerinţele din documentaţia de atribuire şi care să poata fi declarată admisibilă.

Pierderea şansei contestatoarei de a câştiga acest contract astfel cum aceasta s-a exprimat, derivă din depunerea unei oferte care nu a

îndeplinit cerinţele din documentaţia de atribuire, şi care oricum ar fi fost respinsă şi în niciun caz nu provine din acţiunile entităţii contractante.

Întrebarea de clarificări invocată de contestatoare, şi anume: *"Având în vedere faptul că societatea noastră a fost elaboratoarea Proiectului Tehnic şi nu am fost implicaţi în elaborarea documentaţiei de atribuire pentru lucrarea ce este supusă achiziţiei prin prezenta procedură, vă rugăm să clarificaţi dacă participarea societăţii noastre la prezenta procedură reprezintă un conflict de interese. Am dori totodată să menţionăm că la documentaţia elaborată de societatea noastră are acces orice posibil ofertant, deoarece aceasta este ataşată anunţului de participare în SICAP"* nu a fost adresată de către ... SA, aşa cum afirmă în mod eronat contestatoarea, ci această solicitare de clarificări a fost transmisă de către operatorul economic ... S.A., aşa cum rezultă din print-screen-urile din SEAP.

Cu privire la critica contestatoarei conform căreia oferta Asocierii Electromontaj conţine în cadrul propunerii financiare preţuri care nu sunt rezultatul liberei concurenţe, atrăgând prin aceasta neconformitatea ofertei, entitatea contractantă susţine că autoarea contestaţiei nu cunoaşte preţurile din propunerea financiară depusă de ofertantul Asocierea ... făcând acuzaţii nefondate şi bazate doar pe presupuneri.

Faţă de afirmaţia contestatoarei conform căreia cele trei companii asociate sunt şi singurii producători ai stâlpilor electrici menţionaţi în documentaţia tehnică, doar ei au furnizat tipurile de stâlpi solicitaţi de Transelectrica şi au produsele testate în cadrul altor proiecte, entitatea contractantă susţine că prin documentaţia de atribuire, a pus la dispoziţia operatorilor economici interesaţi proiectul de stâlpi necesari pentru realizarea contractului. În baza proiectului de stâlpi orice firmă furnizoare de stâlpi metalici din lume are posibilitatea să producă astfel de stâlpi.

Referitor la afirmaţia contestatoarei conform căreia în documentaţia de atribuire s-a stabilit cerinţa ca stâlpii din oferta tehnică să fie omologaţi de entitatea contractantă. Aceasta omologare presupune efectuarea unor teste care implică inclusiv distrugerea stâlpilor, entitatea contractantă menţionează că conform caietului de sarcini, exista următoarea cerinţă:

Antreprenorul are sarcina să elaboreze şi să avizeze la Beneficiar documentaţiile pentru Proiectul Tehnic şi detaliile de execuţie care vor conţine cel puţin următoarele:

- detalii de execuţie pentru stâlpi (incusiv stâlpi traversare Dunăre şi Borcea), omologarea acestora şi testarea stâlpului de susţinere (Sn+6 400250) conform prevederilor din caietul de sarcini

Antreprenorul trebuie să realizeze prototipul, să facă omologarea şi testarea stâlpului Sn+6 400250 conform unui program de testare aprobat de Beneficiar. De asemenea va trebui să prezinte şi documentaţia de execuţie a tuturor stâlpilor.

Aşa cum fără echivoc se poate observa, cerinţa din caietul de saricini nu este raportată la nivelul propunerii tehnice aşa cum în mod intenţionat eronat afirmă contestatoarea, ci această cerinţă se raportează la nivel de derulare a contractului.

Omologarea stâlpilor urma să se facă pe parcursul derulării contractului şi această omologare nu s-a solicitat să facă parte din oferta tehnică.

Operaţiunea de omologare si testare poate duce la distrugerea produsului doar în situaţia în care acesta este greşit proiectat, aceasta fiind o practică obişnuită într-o astfel de situaţie. Din acest motiv cerinţa s-a adresat unui singur model de stâlp şi anume cel care este cu cel mai mare număr de bucăţi dintre stâlpii ce urmează a fi executaţi.

În plus, cerinţa privind omologarea s-a solicitat tuturor operatorilor economici participanţi la procedura de achiziţie, ea regăsindu-se în documentaţia de atribuire - Graficul de eşalonare plăţi la poziţia 3.3.7.

Faţă de afirmaţia contestatoarei conform căreia *avantajul semnificativ pe care entitatea contractantă l-a creat pentru ofertantul declarat câştigător a fost de ordin financiar deoarece pentru a produce o serie de stâlpi noi ar fi trebuit să plătim testele de tip în timp ce produsele lor au fost testate în cadrul altor proiecte ale Transelectrica. Nu există alt organism naţional care să omologheze şi să certifice aceşti stâlpi. Ei sunt certificaţi doar de client, în cazul de faţă ...,* această cerinţă s-a solicitat tuturor operatorilor economici participanţi la procedura de achiziţie, ea regăsindu-se în Graficul de eşalonare plăţi la poziţia 3.3.7.

De asemenea, entitatea contractantă menţionează că:

- prin caietul de sarcini nu s-au solicitat teste de tip pentru stâlpi;
- ... nu „certifică" stâlpi, aceştia se omologhează la producător de către proiectantul desemnat de ofertantul câştigător şi beneficar, iar testarea se realizează în poligoane de testare agrementate în conformitate cu standardele şi legislaţia în vigoare.
- această omologare şi testare nu este obligatoriu să se realizeze în ţara entităţii contractante, ea poate fi efectuată la orice poligon de testare agrementat, (ex. ... a testat stâlpi de intervenţie la un poligon din Canada).

Faţă de susţinerile contestatoarei conform cărora în perioada solicitărilor de clarificare, aceasta a solicitat entităţii contractante:

(i) pe de o parte să acorde ofertanţilor de a propune un model de stâlp similar celor proiectaţi şi fabricaţi de ofertantul câştigător prin companii deţinute de unul dintre membrii asocierii,

(ii) pe de altă parte, o extindere de timp pentru a putea proiecta stâlpi similari celor pe care Asocierea declarată câştigătoare îi produce deja şi pe care ... i-a şi omologat, entitatea contractantă menţionează că în perioada de preofertare, operatorul economic ... SA nu a transmis nicio solicitare de clarificări.

Faţă de afirmaţia contestatoarei potrivit căreia *prin Clarificarea Set 2 nr. 37321 / 07.09.2018 am întrebat la punctul 13 după cum urmează: Este posibil să se propună un tip nou de stâlp metalic? Dacă da, este necesară testarea şi omologarea stâlpilor? Entitatea contractantă a răspuns după cum urmează: Trebuie respectată gama de stâlpi din documentaţia de licitaţie. În situaţia în care, după realizarea fazei de proiectare rezultă ca necesar anumite modificări/ corecţii asupra construcţiei metalice a stâlpului, acestea se vor opera cu încadrarea în*

cerinţele tehnice al documentaţiei de licitatie şi cu respectarea suprafeţelor de teren expropriate, entitatea contractantă susţine că această solicitare de clarificare a fost adresată entităţii contractante de către un alt operator economic, şi nu de către contestatoare.

La formularea răspunsului entitatea contractantă a avut în vedere următoarele:

- documentaţia supusă achiziţiei este realizată de către un proiectant de specialitate independent (care nu are niciun rol în procedura de achiziţie) prin care s-a stabilit soluţia tehnică de construcţie a liniei electrice aeriene;
- în baza acestei soluţii tehnice s-au desfăşurat etapele anterioare de aprobare a investiţiei, de stabilire a traseului liniei şi a suprafeţelor de teren necesare pentru construcţia fundaţiilor stâlpilor, suprafeţe ce au fost expropiate prin HG nr. 805/2017; modificarea soluţiei tehnice, prin propunerea de folosire a unei alte game stâlpi ar fi presupus schimbarea datelor din intregul proiect (avize, acord de mediu, suprafeţe ocupate, decizii de expropiere, sumele pentru despăgubiri, etc), fără a avea controlul acestor schimbări, fără asumarea de către proiectant a noii soluţii tehnice, ceea ce conducea la achiziţionarea unei lucrări pentru care se abandonau toate activităţile parcurse cu succes până la acestă dată şi s-ar fi invalidat toate avizele/ acordurile/ autorizaţiile/ HG obţinute anterior pentru realizarea investiţiei;
- prin răspunsul nr. 10 din cadrul setului 4 de clarificări s-a specificat *„Contractorul va verifica prin calcul computerizat toţi stâlpii după care va proiecta detaliile de execuţie şi montaj. Se înţelege prin aceasta că îşi va asuma responsabilitatea proiectelor de stâlpi, în conformitate cu art. 19 "Proiectarea de către Antreprenor" din Contract - Condiţii Generale"* condiţie valabilă pentru toţi ofertanţii.

Înlocuirea tipului de stâlpi din proiect, cu un alt tip de stâlpi, nu ar fi fost o simplă propunere de înlocuire cu produse similare aşa cum afirmă contestatoarea, ci modificarea soluţiei tehnice şi implicit depunerea unei oferte alternative, lucru ce nu a fost prevăzut în cadrul documentaţiei de atribuire.

De asemenea, faţă de critica contestatoarei conform căreia garanţia de participare depusă online în sistemul electronic SEAP de către ... nu era validă la data depunerii ofertei, entitatea contractantă învederează că prin adresa nr. 46458/30.10.2018, comisia de evaluare a solicitat ofertantului Asocierea ... SA în baza art. 138 alin. (3) din HG nr. 394/2016, dovada plăţii primei de asigurare.

Ca răspuns la solicitarea de clarificări, ofertantul Asocierea ... SA, a transmis o adresă din partea asigurătorului - Compania de asigurări-reasigurari ... SA, prin care asigurătorul confirma următoarele: *"Prin prezenta confirmăm autenticitatea şi valabilitatea Poliţei de garantare pentru licitaţii seria GL nr. 0019060/25.10.2018, pentru perioada 25.10.2018-01.03.2019, în conformitate cu prevederile legale în vigoare şi cu condiţiile contractuale de asigurare. Confirmăm faptul că, asiguratul Asocierea ... SA, reprezentată prin lider de asociere SC ...SA, şi-a onorat obligaţia de plată a primei de asigurare şi a constituit garanţiile colaterale solicitate."*

În ceea ce priveşte critica contestatoarei conform căreia entitatea contractantă a creat în mod nelegal prin clarificările/solicitările sale un avantaj evident în favoarea Asocierii desemnate câştigătoare, entitatea contractantă a solicitat în mod legal clarificări privind oferta depusă de Asocierea ... SA, în baza art. 140 din HG nr. 394/2016 coroborat cu art. 221 din Legea nr. 99/2016.

Clarificările solicitate ofertantului Asocierea ... SA, au fost unele formale şi de confirmare, ce sunt încadrate în categoria viciilor de formă, aşa cum prevede art. 140 din HG nr. 394/2016.

Prin răspunsul la clarificările privind propunerea tehnică, ofertantul Asocierea ... SA, nu a adus informaţii/completări de natura celor invocate de către contestatoare şi acestea nu pot fi calificate drept "modificare de ofertă".

Referitor la susţinerea contestatoarei conform căreia nicio autoritate sau entitate contractantă nu poate limita accesul la o procedură competitivă unei societăţi din UE în baza unei diferenţieri juridice aparţinând dreptului naţional (respectiv relevanţa faptului că filiala are personalitate juridică în vreme ce sucursala nu, în baza prevederilor Legii nr. 31/1991), entitatea contractantă susţine că nu a limitat accesul operatorilor economici din UE de a participa la procedura de atribuire, ci atât entitatea contractantă, cât şi operatorii economici sunt obligaţi să respecte legislaţia în materia achiziţiilor publice din Romania şi, implicit, aceştia trebuie să participe la procedură în formele stabilite de aceasta legislaţie, respectiv: ofertant, asociat, subcontractant sau terţ susţinător, lucru pe care contestatoarea nu l-a respectat în ceea ce priveşte dovedirea îndeplinirii cerinţei de experienţa similară.

Faţă de afirmaţia contestatoarei conform căreia *expertul cooptat a întocmit un raport corect cu un raţionament juridic şi tehnic lipsit de erori şi a conchis faptul că Subscrisa îndeplineam condiţiile privind experienţa similară prin prezentarea contractului din Chile*, entitatea contractantă susţine că după primul raport al expertului cooptat, a solicitat acestuia următoarele clarificări:

"Cu privire la raportul de specialitate transmis pe email în data de 15.11.2018 ora 18:36, în ceea ce priveşte analiza ofertantului ... SA, vă rugăm să ne comunicaţi dacă în raportul prezentat aţi analizat şi dacă, calitatea de "Garant" îndeplineşte cerinţele de calificare din fişa de date, privitoare la experienţa similară" (a se vedea Minuta comisiei de evaluare inregistrata cu nr. 49631/16.11.2018).

Din analiza transmisă de expertul cooptat, comisia de evaluare a constatat că acesta şi-a întemeiat analiza şi raportul de specialitate, fără să ţină cont de prevederile legislaţiei în materia achiziţiilor publice şi anume de forma pe care o poate lua un grup de operatori economici care participă în comun la procedură, ce calitate poate avea un operator economic în cadrul unei proceduri de atribuire, respectiv, ofertant (unic sau asociat), subcontracntat sau terţ susţinător şi cum pot fi îndeplinite cerinţele de calificare.

Al treilea set de clarificări solicitat de către comisia de evaluare, nu a fost unul formal, ci au fost respectate măsurile dispuse de ANAP,

încercând să se clarifice dacă ... SA are vreunul din rolurile mai sus menţionate, în prezenta procedură.

Inclusiv în cadrul contractului declarat ca şi experienţă similară, cei doi operatori economici, respectiv ... SA, au avut roluri şi atribuţii diferite, respectiv ... SA a avut calitatea de Antreprenor, iar ... SA a avut calitatea de Garant, deci cele două societăţi nu se pot identifica ca fiind una singură.

Inclusiv „Certificatul provizoriu de acceptare" aferent contractului declarat ca şi experienţă similară, este semnat doar de către ... SA şi de către Beneficiar.

Mai mult, aşa cum reiese tocmai din raportul expertului cooptat înregistrat cu nr. 47707/19.11.2018, acesta susţine:

„Având în vedere specificul subiectului, competenţa de expert pe parte tehnică a elaboratorului acestei analize nu poate răspunde integral la exigenţele unei analize exhaustive, elaboratorul neputând face judecăţi de valoare în afara domeniului de competenţă. De aceea, consideraţiile din prezenta analiză care se referă la alte aspecte decât cel tehnic, trebuie intelese ca fiind în afara competenţelor principale ale elaboratorului şi evaluate ca atare."

Referitor la afirmaţia contestatoarei conform căreia *„opinia separată a membrilor Directoratului confirmă adevărul celor invocate de Subscrisa",* entitatea contractantă menţionează că în data de 21.05.2019, domnul ... - membru Directorat, a întocmit adresa nr. 22818, adresă ce poartă doar semnătura acestuia, adresă cu care ceilalţi doi membri din Directorat trecuţi cu nume pe aceasta nu au fost de acord şi, în consecinţă, aceştia nu au semnat-o. Documentul în cauză nu a fost transmis comisiei de evaluare, deoarece ceilalţi membri de Directorat, respectiv doamna director ... şi domnul ... - preşedinte Directorat, nu au fost de acord cu opinia formulată de către domnul ..., nesemnând documentul.

În urma întocmirii Notei nr. 22818 de către domnul ..., a fost stabilită o şedinţa de Directorat şi în data de 28.05.2019, Directoratul ... SA a emis Hotararea nr. 55, prin care a aprobat raportul procedurii de atribuire.

Ulterior, în data de 30.05.2019, a fost semnat raportul procedurii.

În final, entitatea contractantă conchide că oferta depusă de ofertantul declarat câştigător a îndeplinit toate cerinţele solicitate prin documentaţia de atribuire.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 25534/05.07.2019, SC ... SA formulează supliment de concluzii scrise ca răspuns la concluziile scrise formulate de către SC ... SA.

Contestatoarea menţionează că prin Documentul European de Achiziţie Unic, ... a răspuns la următoarea întrebare legată de Conflictul de interes: *Operatorul economic sau o întreprindere care are legături cu acesta a oferit consultanţă autorităţii contractante sau entităţii contractante sau a participat în orice alt mod la pregătirea procedurii de achiziţii publice?.* Răspunsul Romelectro a fost nu.

Astfel, Romelectro nu a declarat în DUAE faptul că este acţionar majoritar al entităţii care este elaboratorul documentaţiei tehnice de atribuire.

Contestatoarea reiterează că entitatea care a întocmit documentaţia tehnică este ... SA. Şi susţine că a observat acest lucru analizând pe de o parte logo-ul (adică marca verbală cu elemente figurative) de pe caietul de sarcini, care era identic cu logo-ul (marca verbală cu elemente figurative) de pe site-ul societăţii .... Site-ul acestora nu indică cu claritate numele societatii, respectiv ...SA sau SC ... SA.

Aparent, aceste societăţi sunt distincte însă nu importa pentru speţa de fata deoarece ambele au drept acţionar majoritar societatea Romelectro SA.

Autorul proiectului tehnic şi compania SC ... SA au acelaşi logo/marca verbală figurativă.

De altfel, astfel cum rezulta din analiza bazei de date a Oficiului Uniunii Europene pentru Proprietate Intelectuală, aceasta este marca înregistrata și protejata încă din anul 2003 si aparţine SC ... SA. Inserează linkul către baza de date și ataşează și un print screen al paginii de internet relevante.

Este, prin, urmare demonstrat fără îndoială că proiectul tehnic este creaţia societăţii SC ...SA.

Prin concluziile scrise, ... susţine că, în realitate, documentaţia tehnică nu a fost întocmită de ...SA, ci, din contra de ... SA.

Şi această societate aparţinând tot ....

Conform informaţiilor oferite de Registrul Oficiului Comerţului având în vedere datele de identificare menţionate de ..., respectiv ...SA, având CIF RO ... şi nr. de înmatriculare în Registrul Comerţului ... rezultă următoarele:

(i) Societatea este deţinută în proporţiune de 69,99% de Romelectro;

(ii) Societate are în prezent denumirea SC ... SA

Astfel, ...a declarat în mod neadevărat în cadrul DUAE că nici societatea însăşi şi nici societăţi cu care aceasta care are legături, nu a oferit consultanţă autorităţii contractante sau entităţii contractante sau a participat în orice alt mod la pregătirea procedurii de achiziţii publice.

Entitatea contractantă nu poate intra în executarea unui contract cu un ofertant care a făcut declaraţii neadevărate în DUAE cu privire la implicarea sa anterioară la redactarea proiectului tehnic.

De altfel, această implicare a avut consecinţa directă a distorsionării competiţiei prin aceea că proiectantul a impus utilizarea stâlpilor fabricaţi de el însuşi (sau o societate afiliată) ceea ce i-a adus un avantaj financiar semnificativ.

Contestatoarea învederează că documentaţia de atribuire contrazice susţinerea intervenientei. Astfel, stâlpii impuşi de entitatea contractantă sunt proiectaţi de .... Proiectul tehnic indică şi impune producătorul stâlpilor din cadrul documentaţiei de atribuire.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 25807/08.07.2019, SC ... SA formulează *supliment la concluziile scrise* prin care solicită să se ia în considerare odată cu soluţionarea excepţiei lipsei de interes invocată de către entitatea contractantă, jurisprudenţa Curţii de Apel Bucureşti de dată recentă pe această teză.

Prin adresa nr. 1949/08.07.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 25934/08.07.2019, SC ..SA formulează *concluzii scrise în răspuns la suplimentarea concluziilor scrise depuse de .... SA*, în care precizează următoarele:

În ceea ce priveşte răspunsul negativ al Romelectro la întrebarea din cuprinsul DUAE, respectiv „Operatorul economic sau o întreprindere care are legături cu acesta a oferit consultanţă autorităţii contractante sau entităţii contractante sau a participat în orice alt mod la pregătirea procedurii de achiziţii publice?", reprezintă o simplă eroare materială, care nu afectează valabilitatea ofertei Asocierii ... SA.

Caietul de sarcini a fost realizat de Asocierea ... SA - ISPE, şi nu doar de ... în mod singular.

De altfel, dispoziţiile art. 149 din Legea nr. 99/2016 şi art. 19 din HG nr. 394/2016, prevăd posibilitatea participării la procedura de atribuire a unui operator economic care a participat la întocmirea documentaţiei de atribuire.

Mai mult decât atât, conform dispoziţiilor art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 98/2016, activitatea desfăşurată în cadrul achiziţiilor publice trebuie să respecte principiul proportionalităţii, ceea ce impune o anumită responsabilitate atunci când sunt evaluate ofertele.

Principiul proporţionalităţii care guvernează întreaga procedură de atribuire, impune cu necesitate ca actele entităţii contractante să nu depăşească limitele a ceea ce este adecvat şi necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite - atribuirea contractului şi execuţia proiectului.

În acest sens, o simplă eroare materială nu trebuie să cauzeze reacţii disproporţionate în raport cu scopurile urmărite.

Astfel, în mod temeinic şi legal a procedat entitatea contractantă atunci când a apreciat oferta Asocierii ... ca fiind acceptabilă şi conformă, şi pe cale de consecinţă, a fost desemnată ca fiind câştigătoare.

De asemenea, intervenienta reiterează faptul că în caietului la sarcini la volumul 1 „memoriu_tehnic_CS_rev02.pdf, la pct. 2.1. sunt prevăzute toate caracteristicile tehnice cu caracter general, pe care trebuie să le îndeplinească stâlpii utilizaţi la execuţia proiectului, respectiv:

2.1.1. - SCOPUL; 2.1.2. - STANDARDE ŞI RECOMANDĂRI, 2.1.3. - Stâlpi, 2.1.2. - Accesorii stâlpi, 2.1.3. - Materiale, 2.1.4. - Execuţia reperelor, etc,

În cuprinsul caietului de sarcini, la capitolele menţionate anterior, nu există menţiuni/indicaţii care să prevadă obligativitatea ofertanţilor de a include în oferta lor stâpii fabricaţi de către ...sau ..., aşa cum susţine ...

Pentru aceste motive, intervenienta solicită respingerea susţinerii ..., conform căreia concurenţa a fost distorsionată, deoarece prin documentaţie au fost impuşi stâlpi fabricaţi de ... sau ... având în vedere faptul că nu există o astfel de cerinţă în documentaţia de atribuire.

Prin adresa nr. 30158/11.07.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 26731/12.07.2019, ... SA formulează completări la concluziile scrise în care învederează următoarele:

Stâlpii impuşi sunt proiectaţi de ..., dar proiectul nu impune producătorul stâlpilor. ... deţine drept de proprietate intelectuală pentru

aceşti stâlpi, ei pot fi produşi de diverşi producători (stâlpii fiind contrucţii metalice realizate din corniere de oţel), doar pentru Transelectrica.

De asemenea, se arată că caietul de sarcini a fost întocmit prin contractul de proiectare al liniei încheiat în anul 2010 de Consorţiul ...SA. Proiectarea stâlpilor nu a făcut obiectul respectivului contract. Proiectarea stâlpilor a fost realizată în cadrul altui proiect încă din anul 2005.

Şi în cadrul proiectului „Racordarea LEA 400 kV Isaccea-Varna şi LEA 400 kV Isaccea- Dobrudja în staţia 400 kV Medgidia Sud Etapa II - LEA 400 kV d.c. Racorduri la staţia Medgidia Sud" s-a impus de către ... tipul de stâlpi, iar Asocierea ... nu a fost declarată câştigătoare, deşi doar cele 2 firme (ELM si Romelectro) deţin în România fabrici pentru construcţia de stâlpi metalici.

Tipurile de stâlpi propuşi a fi utilizaţi prin caietul de sarcini fac parte dintr-o familie/gamă care a fost proiectată pentru ... astfel încât la nivelul companiei să se asigure soluţii unitare pentru echiparea liniilor electrice, soluţii care să permită asigurarea de stocuri rezervă, mentenanţă facilă şi intervenţie promptă în caz de avarie.

Din punctul de vedere al promovării unei investiţii de construcţie a unei noi linii electrice aeriene stabilirea gamei de stâlpi permite să se parcurgă etapele premergătoare achiziţiei unei lucrări de construcţie cum ar fi: aprobarea indicatorilor- tehnico-economici, obţinerea de avize şi acorduri, stabilirea suprafeţelor şi locaţiile acestora în vederea expropierii, determinarea valorii despăgubirilor, obţinerea aprobarilor privind încrucişarea traseului liniei cu drumuri, căi ferate, alte reţele, obţinerea autorizaţiilor de construcţie, etc.

Pentru asigurarea posibilităţii realizarii de stâlpi de către orice operator economic, prin caietul de sarcini s-a cerut:

„Antreprenorul trebuie să realizeze prototipul, să facă omologarea şi testarea stâlpului Sn+6 400250 conform unui program de testare aprobat de Beneficiar. De asemenea va trebui să prezinte şi documentaţia de execuţie a tuturor stâlpilor", iar prin răspunsul nr. 10 din Setul nr.4 de clarificari s-a specificat *„Contractorul va verifica prin calcul computerizat toţi stâlpii după care va executa detaliile de execuţie şi montaj. Se întelege prin aceasta că îşi va asuma responsabilitatea proiectelor de stâlpi, în conformitate cu art. 19 "Proiectarea de către Antreprenor" din Contract -Condiţii Generale."*

Astfel nu s-a impus achiziţia de stâlpi de la un anumit furnizor, fiecare putând să-şi producă gama de stâlpi solicitată prin caietul de sarcini pus la dispoziţie tuturor operatorilor interesaţi, în cadrul documentaţiei de atribuire publicată în SEAP. Implicit ... SA a avut la dispoziţie proiectul stâlpilor şi avea posibilitatea de a solicita clarificări în etapa de preofertare sau de a contesta documentaţia de atribuire. Ofertantul Asocierea ...SA şi nici un alt operator economic nu a fost avantajat şi în acest sens au fost respectate principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

Având in vedere cele mai sus prezentate entitatea contractantă consideră că nu există elemente care să avantajeze vreun operator economic, nici chiar pe unul din proiectanţi, respectiv ... SA, cu atât mai

puţin vreunul din operatorii economici care formează asocierea declarată câştigătoare.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

... SA, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de aribuire prin licitaţie deschisă a contractului de lucrări având ca obiect proiectare și execuție pentru „Linia electrică aeriană (LEA) 400 kV dublu circuit (d.c.) Cernavodă – Stâlpu şi racord în staţia Gura Ialomiţei". În acest sens a elaborat documentaţia de atribuire aferentă şi a publicat în SEAP anunţul de participare nr. ..., valoarea estimată a procedurii fiind de 296.551.600 lei.

Potrivit raportului procedurii nr. 11433/30.05.2019, în cadrul procedurii de atribuire au fost depuse 2 oferte, respectiv cea depusă de contestatoarea SC ... SA și cea declarată câștigătoare, depusă de Asocierea ... SA.

Potrivit Procesului –verbal nr. 1404/10.12.2018, privind evaluarea răspunsurilor la clarificări privind formularele DUAE, entitatea contractantă a stabilit că ... SA este un operator economic cu personalitate juridică, diferit de SC ... SA, şi, prin urmare nu poate lua în considerare experienţa societăţii ... SA, bazându-şi raţionamentul pe dispoziţii de drept comercial român, respectiv art. 42 din Legea nr. 31/1990 conform căruia *„filialele sunt societăţi comerciale cu personalitate juridică şi se înfiinţează în una din formele de societate enumerate la art. 2 şi în condiţiile prevăzute pentru acea formă".* Astfel, entitatea contractantă a reținut că *„... SA a declarat ca experienţă similară un singur contract în cadrul căruia acesta a avut calitatea de Garant. Contractul a fost îndeplinit de un alt operator economic, respectiv ... SA, Filiala a ofertantului ... SA. (...) Oferta depusă de ofertantul .. SA este inacceptabilă în baza art. 143 alin. (2) lit. b) din HG nr. 394/2016 şi respinsă în baza art. 143 alin. (1) din HG nr. 394/2016".*

În urma comunicării rezultatului procedurii, a formulat contestație ... SA, criticând rezultatul procedurii astfel stabilit, solicitând anularea deciziei de respingere a ofertei sale și respingerea ca neconformă și inacceptabilă a ofertei declarate câștigătoare.

După depunerea contestației, contestatoarea a depus la Consiliu cauțiunea de 880.000 lei, prin recipisele de consemnare nr. 205518687/1/14.06.2019, în cuantum de 660.000 lei, emisă de CEC Bank, Sucursala Victoriei și nr. 205511437/1/11.06.2019, în cuantum de 220.000 lei, emisă de aceeași sucursală.

Cauţiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61^1 alin. (5) și (6) din Legea nr. 101/2016.

Chestiuni prealabile:

În ceea ce privește admisibilitatea în principiu a cererii de intervenție accesorie formulată de ... SA, în calitate de lider al asocierii ... SA, Consiliul reține că, în calitate de ofertantă câștigătoare, aceasta are interes în menținerea actelor întocmite de entitatea contractantă. În aceste condiții, în temeiul art. 63 din Codul de procedură civilă, Consiliul

va admite, în principiu, cererea de intervenție în favoarea entității contractante.

O altă chestiune prealabilă pusă în dezbaterea Consiliului, analizată pe larg de contestatoare în cuprinsul contestației, se referă la încălcarea principiului transparenței de către entitatea contractantă, care nu i-a permis studierea ofertei câștigătoare, dar nici accesul la procesele verbale de evaluare a propunerilor tehnice, propunerea financiară și nici chiar documentele de calificare ale ofertantei câștigătoare.

În ceea ce privește criticile legate de refuzul punerii la dispoziție a documentelor din propunerea tehnică a ofertantei câștigătoare, Consiliul reține ca fiind relevante următoarele dispoziții ale legislației românești și europene:

- Art. 231 din Legea nr. 99/2016 privind achiziţiile sectoriale ,, (1) Entitatea contractantă are obligaţia de a întocmi dosarul achiziţiei sectoriale pentru fiecare contract sectorial/acord-cadru încheiat, respectiv pentru fiecare sistem dinamic de achiziţii lansat.

(4) Ulterior finalizării procedurii de atribuire, dosarul achiziţiei sectoriale are caracter de document public.

(5) Accesul persoanelor la dosarul achiziţiei sectoriale potrivit alin. (4) se realizează cu respectarea termenelor şi procedurilor prevăzute de reglementările legale privind liberul acces la informaţiile de interes public şi nu poate fi restricţionat decât în măsura în care aceste informaţii sunt confidenţiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, potrivit legii.

(6) Prin excepţie de la prevederile alin. (5), după comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, entitatea contractantă este obligată să permită, la cerere, într-un termen care nu poate depăşi o zi lucrătoare de la data primirii cererii, accesul neîngrădit al oricărui ofertant/candidat la raportul procedurii de atribuire, precum şi la informaţiile din cadrul documentelor de calificare, propunerilor tehnice şi/sau financiare care nu au fost declarate de către ofertanţi ca fiind confidenţiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală".

- DIRECTIVA 2014/25/UE privind achizițiile publice, art. 39 – „(1) Cu excepția cazului în care se prevede altfel în prezenta directivă sau în legislația națională sub incidența căreia intră entitatea contractantă, în special legislația privind accesul la informații **și fără a aduce atingere obligațiilor legate de publicitatea contractelor atribuite și de informațiile pentru candidați și ofertanți prevăzute la articolele 70 și 75**, entitatea contractantă nu dezvăluie informațiile transmise de operatorii economici și desemnate de aceștia ca fiind confidențiale, inclusiv, dar fără a se limita la acestea, secrete tehnice sau comerciale și aspectele confidențiale ale ofertelor".

Așadar, legislațiile națională și europeană impun **autorității contractante să nu dezvăluie *informațiile transmise de către operatorii economici și desemnate de aceștia ca fiind confidențiale***.

Consiliul nu poate ignora, în prezenta cauză, declarația de confidențialitate a ofertantului câștigător, domeniul în care se desfășoară procedura fiind unul de tehnicitate ridicată, în care inovația și know-how-ul sunt întotdeauna prezente. Din documentele respective fac parte desene

industriale, soluții tehnice adoptate de ofertanți, furnizorii materialelor și fișe tehnice ale acestora, elemente care îi diferențiază pe ofertanți, iar Consiliul este ținut a le proteja. Nu în ultimul rând, Consiliul reține că declarația de confidențialitate depusă de ...SA în conținutul ofertei este una detaliată și temeinic motivată, prin urmare, Consiliul consideră justificată atitudinea autorității contractante de a-i respinge accesul contestatoarei, situația fiind similară și în ceea ce privește propunerea financiară.

În ceea ce privește, însă, documentele entității contractante, întocmite de comisia de evaluare, experții cooptați, documentele de calificare ale asocierii câștigătoare, acestea au fost puse la dispoziția contestatoarei cauzei de către Consiliu, fiind studiate de aceasta, iar ulterior au fost depuse concluzii scrise, care vor fi analizate pe fond de către Consiliu.

În ceea ce privește excepția lipsei de interes a contestatoarei în formularea contestației, și tardivitatea acesteia, invocată atât de intervenientă, cât și de entitatea contractantă, Consiliul reține că aceasta este motivată pe următoarele aspecte: ca urmare a solicitării prelungirii perioadei de valabilitate a ofertelor şi a perioadei de valabilitate a garanţiei de participare, în data de 21.02.2019, ofertantul .... SA a răspuns solicitării comisiei de evaluare transmiţând, deşi nu a fost cerut de către comisia de evaluare, și formularul de ofertă și Actul adiţional de prelungire a garanţiei de participare. Contrar susținerilor contestatoarei, entitatea nu a luat cunoștință de valoarea ofertei din SEAP, ci din însuși formularul de ofertă depus de contestatoare atașat adresei de prelungire a valabilității ofertei. Prin urmare, fiind un document recepționat legal de entitate, în condițiile în care conținutul documentului nu este negat de contestatoare, nicio dispoziție legală nu se opune ca autoritatea contractantă să utilizeze informațiile din conținutul său în susținerea excepției lipsei de interes. Prin transmiterea formularului de ofertă, ... SA a comunicat comisiei de evaluare şi valoarea ofertată în cadrul procedurii de atribuire, respectiv 343.143.426,31 lei fără TVA, în condițiile în care valoarea estimată a procedurii a fost de 296.551.600 lei fără TVA, deci aceasta depăşea valoarea estimată cu 15,71%, peste procentul de 15% cu care entitatea contractantă ar fi avut dreptul de a suplimenta valoarea estimată, conform prevederilor art. 143 alin. (2) lit. f) din HG nr. 394/2019, coroborat cu art. 241 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 99/2016. Prin urmare, oferta respectivă nu putea fi admisă şi declarată câştigătoare, deoarece aceasta depăşea valoarea estimată și pragul legal cu care autoritatea ar fi putut, dacă ar fi avut fonduri, să majoreze valoarea contractului, fapt ce ar fi condus inevitabil la respingerea acesteia. În acest context, este evident că entitatea contractantă nu are posibilitatea majorarii fondurilor alocate îndeplinirii contractului peste procentul prevăzut de legislaţia în materie şi contestaţia ca fiind lipsită de interes, întrucât cererea de anulare a procedurii nu are ca scop remedierea unei încălcări legale, ci acela de a oferi contestatoarei şansa să participe la procedură, în eventualitatea reluării ei, cu o noua ofertă.

Consiliul reține că interesul contestatoarei subzistă doar în măsura în care aceasta urmărește anularea procedurii de atribuire, prin declararea ca neconformă/inadmisibilă a singurei oferte conforme din procedură.

În acest sens, pe lângă cauza C-689/13 Puligienica Facility Esco SpA (PFE) Impotriva Airgest SpA, este deosebit de relevantă HOTĂRÂREA CURȚII DE JUSTIȚIE A UNIUNII EUROPENE (Camera a zecea), în cauza C-100/12, 4 iulie 2013 având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267 TFUE de Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (Italia), prin decizia din 25 ianuarie 2012, primită de Curte la 24 februarie 2012, în procedura Fastweb SpA împotriva Azienda Sanitaria Locale di Alessandria, cu participarea: ... SpA, Path-Net SpA, unde concluziile au fost următoarele:

,,Articolul 1 alineatul (3) din Directiva 89/665/CEE a Consiliului din 21 decembrie 1989 privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind aplicarea procedurilor care vizează căile de atac față de atribuirea contractelor de achiziții publice de produse și a contractelor publice de lucrări, astfel cum a fost modificată prin Directiva 2007/66/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 11 decembrie 2007, trebuie interpretat în sensul că, dacă, în cadrul unei proceduri privind o cale de atac, adjudecatarul, care a obținut contractul și a formulat o cale de atac incidentă, ridică o excepție de inadmisibilitate întemeiată pe lipsa calității procesuale active a ofertantului care a formulat această cale de atac pentru motivul că oferta pe care acesta din urmă o prezentase ar fi trebuit să fie înlăturată de autoritatea contractantă din cauza neconformității sale cu specificațiile tehnice definite de autoritatea contractantă în caietul de sarcini, **dispoziția menționată se opune ca această cale de atac să fie declarată inadmisibilă în urma examinării prealabile a excepției de inadmisibilitate menționate fără o pronunțare cu privire la conformitatea cu respectivele specificații tehnice atât a ofertei adjudecatarului, care a obținut contractul, cât și a celei a ofertantului care a formulat calea de atac principală**''.

Prin urmare, în măsura în care contestatoarea critică și oferta câștigătoare, ea are interesul să stea în proces, chiar și în situația în care oferta ei a fost respinsă.

Din analiza situației de fapt și a considerentelor hotărârii rezultă, însă, că în măsura în care oferta declarată câștigătoare este conformă și admisibilă, atunci contestatoarea nu are niciun interes în promovarea contestației, deoarece chiar și în situația în care oferta sa ar fi fost admisibilă, în situația în care ar exista posibilitatea legală de a debloca fonduri suplimentare, oricum contestatoarea nu are nicio posibilitate legală de a deveni câștigătoare a procedurii, în condițiile în care prețul ofertat este de 343.143.426,31 lei fără TVA, mult peste prețul ofertat de asocierea câștigătoare de 287.648.712,32 lei fără TVA, diferența între cele două oferte fiind de 55.494.714 lei.

Consiliul mai reține că, deși teoretic, după intrarea în vigoare a OUG nr. 45/2018 şi ținând seama de setările Sistemului Electronic de Achiziții, unui ofertant care a fost respins de la faza DUAE, nu i se poate opune nicicând excepția lipsei de interes pe motive legate de prețul ofertei sale, în

condițiile în care autoritatea contractantă nu îl cunoaște, circumstanțele faptice ale acestei spețe sunt altele, respectiv contestatoarea, din greșeală sau voit, a transmis benevol formularul de ofertă, prin e-mail, entității contractante, or în momentul în care aceasta deține informația respectivă, este evident că o poate folosi în favoarea sa. În ceea ce privește divulgarea prețului, aceasta nu poate fi reținută, dosarul achiziției cuprinzând corespondența cu ofertanții, inclusiv cea referitoare la prelungirea ofertelor. Astfel, ofertanta contestatoare este cea care și-a devoalat prețul ofertei, în niciun caz autoritatea, prin manevre obscure și de culise, nu i-a decriptat oferta. Ceea ce este de remarcat, este faptul că societatea contestatoare, deși formulează apărări pertinente legate de respingerea ofertei sale, nu formulează niciun fel de apărări subsidiare legate de lipsa de interes prin prisma prețului său mult mai mare decât cel al ofertantei câștigătoare și decât valoarea estimată, în condițiile în care, chiar dacă ar fi declarată admisibilă prin îndeplinirea cerinței de calificare referitoare la experiența similară, va fi imposibilă acceptarea acesteia drept câștigătoare a procedurii, în condițiile în care, pe de o parte, există o ofertă mai bună din punct de vedere financiar decât oferta sa, iar pe de altă parte, există riscul real al respingerii ofertei sale, în condițiile în care depășește valoarea estimată cu 15,7%. Apărările sale se limitează doar la susțineri referitoare la imposibilitatea legală a utilizării acestor informații de către entitatea contractantă, susțineri lipsite de bază juridică, din moment ce informațiile sunt unele cuprinse în documentele procedurii, și nu aflate ilicit.

Pentru a se pronunța asupra interesului contestatoarei în promovarea contestației, Consiliul este ținut a se pronunța, cu prioritate, asupra criticilor referitoare la oferta câștigătoare, urmând ca cele referitoare la respingerea propriei sale oferte să fie analizate doar în măsura în care vor fi admise primele.

În ceea ce privește tardivitatea contestației prin prisma criticilor referitoare la documentația de atribuire, Consiliul reține că societatea contestatoare indică expres actul atacat, respectiv raportul procedurii nr. 11433/30.05.2019 și actele subsecvente acestuia, nefiind formulate critici cu privire la conținutul documentației de atribuire. De altfel, susținerile entității contractante referitoare la atacarea documentației de atribuire se bazează pe supoziții, în sensul că, în condițiile în care ofertanta câștigătoare a depus o ofertă care reprezintă 96,99% din valoarea estimată, a considera acest preț ca fiind unul neobișnuit de scăzut, înseamnă, implicit, că aceasta critică documentația de atribuire. Astfel, Consiliul reține că obiectul contestației este cât se poate de clar, chiar dacă este detaliat pe 4 pagini, rezumându-se la anularea raportului procedurii și a actelor premergătoare și subsecvente acestuia și anularea procedurii de atribuire, restul capetelor de cerere fiind unele incidentale (acordarea accesului la documentele din dosar, repunerea în termen etc), niciunul din capetele de cerere nu vizează documentația de atribuire. Chiar dacă argumentația contestatoarei vizează și aspecte care țin de interpretarea documentației de atribuire, acest fapt nu este de natură a schimba obiectul cererii, excepția tardivității contestației urmând a fi respinsă.

O altă chestiune prealabilă invocată de contestatoare se referă la lipsa motivării raportului procedurii. Contestatoarea motivează, de

asemenea, pe larg acest aspect, cele mai multe dintre argumentele sale vizând, în fond, netemeinicia motivelor, și nu nemotivarea raportului procedurii. Verificând raportul procedurii, consiliul reține că acesta cuprinde motivele de fapt și de drept pentru care a fost respinsă oferta contestatoarei, dovadă în acest sens stând tocmai faptul că aceasta a adus contraargumente în combaterea motivelor entității. Astfel, este clar că raportul este unul motivat, din moment ce contestatoarea scrie zeci de pagini în susținerea netemeiniciei motivelor invocate de comisia de evaluare. Temeinicia/netemeinicia motivelor va fi analizată de Consiliu doar în măsura în care, așa cum s-a arătat mai sus, oferta clasată pe primul loc va fi găsită neconformă/inacceptabilă de către Consiliu.

În ceea ce privește susținerile contestatoarei referitoare la lipsa argumentelor pentru care oferta Asocierii ...a fost considerată câştigătoare, Consiliul reține că potrivit art. 230 din Legea nr. 99/2016, ,, (2) Raportul procedurii de atribuire prevăzut la alin. (1) trebuie să cuprindă cel puţin următoarele documente/informaţii:

a) denumirea şi adresa entităţii contractante, obiectul şi valoarea contractului sectorial/acordului-cadru sau a sistemului dinamic de achiziţii;

b) dacă este cazul, rezultatele procesului de calificare şi/sau selecţie a candidaţilor/ofertanţilor şi/sau reducerea numărului acestora pe parcursul procedurii de atribuire;

c) motivele respingerii unei oferte care are un preţ neobişnuit de scăzut;

d) denumirea ofertantului declarat câştigător şi motivele pentru care oferta acestuia a fost desemnată câştigătoare;

e) în măsura în care sunt cunoscute, partea/părţile din contractul sectorial/acordul-cadru pe care ofertantul declarat câştigător intenţionează să o/le subcontracteze unor terţi şi denumirea subcontractanţilor;

f) justificarea motivelor privind alegerea procedurii de atribuire, în cazul aplicării procedurii de negociere fără invitaţie prealabilă la procedura concurenţială de ofertare;

g) justificarea motivelor pentru care entitatea contractantă a decis anularea procedurii de atribuire;

h) atunci când este cazul, motivele pentru care au fost folosite alte mijloace de comunicare decât cele electronice pentru depunerea ofertelor;

i) atunci când este cazul, conflictele de interese identificate şi măsurile luate în acest sens.

(3) Informaţiile care fac obiectul alin. (2) lit. b) sunt următoarele:

a) denumirea candidaţilor sau ofertanţilor calificaţi şi/sau selectaţi şi motivele care au stat la baza acestor decizii;

b) denumirea candidaţilor sau ofertanţilor respinşi şi motivele respingerii''.

Astfel, raportul procedurii de atribuire nr. 11433/30.05.2019 cuprinde toate elementele prevăzute mai sus, respectiv denumirea şi adresa entităţii contractante, obiectul şi valoarea contractului sectorial/acordului-cadru sau a sistemului dinamic de achiziţii, rezultatele procesului de calificare, denumirea ofertantului declarat câştigător şi

motivele pentru care oferta acestuia a fost desemnată câştigătoare în cazul de speță, prețul și garanția acordată lucrărilor. Prin urmare, susţinerea ... SA potrivit căreia raportul procedurii nu este motivat în detaliu cu privire la raţiunile pentru care oferta Asocierii ...a fost considerată câştigătoare, este nefondată. Mai mult decât atât, rapoartele de evaluare fac parte din raportul procedurii de atribuire, fiind menționate ca atare la fila 5 a Raportului.

În ceea ce priveşte valoarea neobişnuit de scăzută a ofertei Electromontaj, intervenienta solicită respingerea acestei critici deoarece aceasta reprezintă o valoare apropiată de valoarea estimată a contractului.

În ceea ce privește criticile formulate de contestatoare cu privire la oferta câștigătoare prin concluziile scrise nr. 24205/27.06.2019, Consiliul reține că aceasta identifică anumite motive, în concepția sa, de inacceptabilitate a ofertei Asocierii ..., dezvoltându-și, astfel, susținerile din contestație. Astfel, contestatoarea arată că declarațiile membrului asocierii ... din cuprinsul DUAE sunt neadevărate.

Mai arată că oferta Asocierii ... este neconformă, întrucât conține în cadrul propunerii financiare preţuri care nu sunt rezultatul liberei concurenţe, că garanția de participare depusă online nu era validă la data depunerii ofertei și că entitatea contractantă a creat prin clarificările/solicitările sale un avantaj evident în favoarea Asocierii desemnate câștigătoare, contrar art. 221 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 – Asocierea ...omisese să transmită fişele tehnice la 6 dintre elementele din propunerea tehnică, și că atașându-le prin răspunsul la solicitarea de clarificări, aceasta şi-a modificat propunerea tehnică, cele 6 solicitări ale entității contractante au încălcat principiul proporționalității şi au creat un avantaj semnificativ ofertantului declarat câștigător.

În ceea ce privește neconformitatea ofertei asocierii pe motiv că declarațiile membrului asocierii ... din cuprinsul DUAE sunt neadevărate, contestatoarea arată că prin Documentul European de Achiziție Unic, ... (parte din asocierea declarata câștigătoare) a răspuns la următoarea întrebare legată de Conflictul de interes: Operatorul economic sau o întreprindere care are legături cu acesta a oferit consultanţă autorității contractante sau entității contractante sau a participat în orice alt mod la pregătirea procedurii de achiziții publice? Răspunsul ... a fost *NU*, contestatoarea arătând că acest răspuns este neadevărat, nu a declarat că este acționar majoritar al entității care este elaboratorul documentației tehnice de atribuire, respectiv ... SA, care a proiectat o parte din stâlpii solicitați şi Celpi i-a executat în decursul timpului **pentru alte proiecte**.

Potrivit art. 180 alin. (1) lit. e) din Legea nr. 99/2016, entitatea are obligaţia de a exclude de la licitaţie candidatul care prin participarea anterioară la pregătirea procedurii de atribuire a condus la o distorsionare a concurenţei, **iar această situaţie nu poate fi remediată prin alte măsuri mai puţin severe**. Din situația faptică expusă de părți, Consiliul reține că o parte a documentației de atribuire, respectiv caietul de sarcini, a fost întocmit printr-un contract de proiectare al liniei încheiat în anul 2010, de Consorţiul ... SA şi ... SA. Contestatoarea justifică distorsionarea concurenței prin faptul că proiectantul a prevăzut în documentație un

model de stâlp produs de Celpi și proiectat de ISPE, societăți la care ...este acționar majoritar. Mai arată că declarațiile ... din DUAE sunt unele mincinoase. Astfel, contestatoarea susține că ofertantul trebuia respins atât pentru declarații mincinoase, cât și pentru conflict de interese.

Potrivit art. 72 din Legea nr. 99/2016, ,,În sensul prezentei legi, **prin conflict de interese se înţelege orice situaţie în care personalul entităţii contractante sau al unui furnizor de servicii de achiziţie care acţionează în numele entităţii contractante care sunt implicaţi în desfăşurarea procedurii de atribuire sau care pot influenţa rezultatul acesteia au, în mod direct sau indirect, un interes financiar, economic sau un alt interes personal, care ar putea fi perceput ca element care compromite imparţialitatea sau independenţa lor în contextul procedurii de atribuire**''.

După cum rezultă din anunțul de participare, obiectul procedurii îl reprezintă proiectare și execuție. Potrivit anunțului de participare, serviciile de proiectare constau în elaborarea PT, DE și documentației As-Built aferente produselor, sistemelor şi instalaţiilor din cadrul acestui proiect. PT și DE vor cuprinde interfeţele cu instalaţiile existente şi sau cu alte proiecte în derulare''. Astfel, documentația realizată în urmă cu mai mulți ani este la nivel de studiu de fezabilitate, în această etapă fiind imposibilă exercitarea unei influențe asupra rezultatului procedurii.

Procedura de față se desfășoară la o distanță de 9 ani față de momentul realizării proiectului care a stat la baza documentației de atribuire. În același timp, așa cum arată entitatea contractantă, proiectarea a fost realizată de o asociere, respectiv ...l și ISPE, ... fiind acționar la cel din urmă. Faptul că în documentație se folosește un model industrial (stâlp) proprietatea ..., proiectat în anul 2005 de ISPE, asupra căruia entitatea are drept de proprietate intelectuală, nu poate conduce la concluzia unui conflict de interese, mai cu seamă că, potrivit caietului de sarcini, entitatea a permis operatorilor execuția și proiectarea stâlpilor după modelul respectiv, solicitând *„Antreprenorul trebuie să realizeze prototipul, să facă omologarea şi testarea stâlpului Sn+6 400250 conform unui program de testare aprobat de Beneficiar. De asemenea va trebui să prezinte şi documentaţia de execuţie a tuturor stâlpilor",* iar prin răspunsul nr. 10 din Setul nr. 4 de clarificari, a specificat *„Contractorul va verifica prin calcul computerizat toţi stâlpii după care va executa detaliile de execuţie şi montaj. Se întelege prin aceasta că îşi va asuma responsabilitatea proiectelor de stâlpi, în conformitate cu art. 19 "Proiectarea de către Antreprenor" din Contract -Condiţii Generale."*

Stâlpii modelul indicat de entitate în documentație este un model tip, standard, utilizat de ..., același model fiind fabricat nu numai ce Celpi, dar și de alți, chiar și contestatoarea îl poate produce în condițiile indicate în documentație. Prin urmare, doar trimiterea la acest model de stâlp, conceput și proiectat pentru ...în anul 2005, nu se poate concluziona existența unui conflict de interese sau de concurență. De altfel, din prevederile citate rezultă că documentația nu impune producătorul stâlpilor, condiția fiind ca aceștia să fie omologați și testați, cerință, de altfel, justificată, având în vedere importanța investiției.

Consiliul consideră relevant și argumentul entității potrivit căruia tipurile de stâlpi propuşi a fi utilizaţi prin caietul de sarcini fac parte dintr-o familie/gamă care a fost proiectată pentru ..., astfel încât la nivelul companiei să se asigure soluţii unitare pentru echiparea liniilor electrice, soluţii care să permită asigurarea de stocuri rezervă, mentenanţă facilă şi intervenţie promptă în caz de avarie, modelul standard fiind de natură a face remedierea avariilor mai facilă, iar din punctul de vedere al promovării unei investiţii de construcţie a unei noi linii electrice aeriene stabilirea gamei de stâlpi permite să se parcurgă etapele premergătoare achiziţiei unei lucrări de construcţie cum ar fi: aprobarea indicatorilor-tehnico-economici, obţinerea de avize şi acorduri, stabilirea suprafeţelor şi locaţiile acestora în vederea expropierii, determinarea valorii despăgubirilor, obţinerea aprobarilor privind încrucişarea traseului liniei cu drumuri, căi ferate, alte reţele, obţinerea autorizaţiilor de construcţie etc. astfel de argumente apar ca fiind pe deplin valabile, primând necesitatea entității contractante.

Consiliul mai reține ca relevante și dispozițiile art. 73 din Legea nr. 99/2016, ,,(1) Reprezintă situaţii potenţial generatoare de conflict de interese orice situaţii care ar putea duce la apariţia unui conflict de interese în sensul art. 72, cum ar fi următoarele, reglementate cu titlu exemplificativ:

a) participarea în procesul de verificare/evaluare a solicitărilor de participare/ofertelor a persoanelor care deţin părţi sociale, părţi de interes, acţiuni din capitalul subscris al unuia dintre ofertanţi/candidaţi, terţi susţinători sau subcontractanţi propuşi ori a persoanelor care fac parte din consiliul de administraţie/organul de conducere sau de supervizare al unuia dintre ofertanţi/candidaţi, terţi susţinători sau subcontractanţi propuşi;

b) participarea în procesul de verificare/evaluare a solicitărilor de participare/ofertelor a unei persoane care este soţ/soţie, rudă sau afin, până la gradul al doilea inclusiv, cu persoane care fac parte din consiliul de administraţie/organul de conducere sau de supervizare al unuia dintre ofertanţi/candidaţi, terţi susţinători ori subcontractanţi propuşi;

c) participarea în procesul de verificare/evaluare a solicitărilor de participare/ofertelor a unei persoane despre care se constată sau cu privire la care există indicii rezonabile/informaţii concrete că poate avea, direct sau indirect, un interes personal, financiar, economic ori de altă natură, sau se află într-o altă situaţie de natură să îi afecteze independenţa şi imparţialitatea pe parcursul procesului de evaluare;

d) situaţia în care ofertantul individual/ofertantul asociat/candidatul/subcontractantul propus/terţul susţinător are drept membri în cadrul consiliului de administraţie/organului de conducere sau de supervizare şi/sau are acţionari ori asociaţi semnificativi persoane care sunt soţ/soţie, rudă sau afin până la gradul al doilea inclusiv ori care se află în relaţii comerciale cu persoane cu funcţii de decizie în cadrul entităţii contractante sau al furnizorului de servicii de achiziţie implicat în procedura de atribuire;

e) situaţia în care ofertantul/candidatul a nominalizat printre principalele persoane desemnate pentru executarea contractului persoane

care sunt soţ/soţie, rudă sau afin până la gradul al doilea inclusiv ori care se află în relaţii comerciale cu persoane cu funcţii de decizie în cadrul entităţii contractante sau al furnizorului de servicii de achiziţie implicat în procedura de atribuire.

(2) În sensul dispoziţiilor alin. (1) lit. d), prin acţionar sau asociat semnificativ se înţelege persoana care exercită drepturi aferente unor acţiuni care, cumulate, reprezintă cel puţin 10% din capitalul social sau îi conferă deţinătorului cel puţin 10% din totalul drepturilor de vot în adunarea generală.

Deci, conflictul de interese în legislația achizițiilor înseamnă denaturarea concurenței prin favorizarea unui ofertant de către membrii comisiei de evaluare sau responsabilii din cadrul autorității contractante, având la bază existența unor relații de rudenie, afinitate sau interese de afaceri.

Participarea ofertantului la realizarea documentației de atribuire nu atrage de drept respingerea sa, nici chiar în situația denaturării competiției, chiar textul art. 180 lit. e) stabilind că obligaţia de a exclude de la licitaţie candidatul care prin participarea anterioară la pregătirea procedurii de atribuire a condus la o distorsionare a concurenţei, **operează doar în măsura în care această denaturare nu poate fi remediată prin alte măsuri mai puţin severe**. Prin urmare, îngrădirea dreptului unui operator de a participa la procedură este o măsură extremă, distorsionarea concurenței trebuind dovedită, și nu prezumată. Faptul că un membru al asocierii este acționar la proiectantul și producătorul stâlpilor pe care îi utilizează autoritatea contractantă, nu este de natură a conduce la concluzia denaturării competiției. De altfel, piața de specialitate este una restrânsă, cu puțini operatori economici, astfel că este aproape imposibil ca unul dintre ei, la un moment dat, să nu fi proiectat ceva pentru entitatea contractantă, dar acest lucru nu este de natură să îl înlăture pe ofertantul respectiv *sine die* din orice competiție, o astfel de interpretare fiind una extremă. De asemenea, perioada de timp lungă de la realizarea documentației până la organizarea procedurii este un argument suficient pentru a respinge afirmațiile contestatoarei referitoare la existența unui conflict de interese sau o denaturare a concurenței.

Prin urmare, Consiliul reține că nu ... a realizat documentația de atribuire, ci o firmă la care acesta este acționar, dar și în aceste condiții, participarea sa la procedură în calitate de membru al asocierii nu este de natură a distorsiona competiția.

În ceea ce privește susținerea contestatoarei potrivit căreia oferta Asocierii ...este neconformă întrucât ar conține în cadrul propunerii financiare preţuri care nu sunt rezultatul liberei concurenţe, argumentele sale fiind în sensul că societatea deținută majoritar de ... SA, respectiv ... a proiectat o parte din stâlpii solicitați în documentația tehnică în vreme ce societatea S.C. ... S.A. i-a executat în decursul timpului pentru alte proiecte. Ambele companii au ca acționar majoritar ..., unul din participanții la procedură. Cele trei companii asociate sunt şi singurii producători ai stâlpilor electrici menționați în documentația tehnică, doar ei au furnizat tipurile de stâlpi solicitați de ... şi au produsele testate în

cadrul altor proiecte, modelul de stâlp cerut se găsește în lista cu stâlpi produși de ..., iar stâlpii impuși de entitatea contractantă sunt proiectați de ...

O parte din argumentele contestatoarei au fost analizate de Consiliu mai sus, concluzionând că utilizarea unui anumit model de stâlpi nu este de natură a îngrădi concurența, mai cu seamă că există rațiuni superioare, de siguranță în exploatare care impun testarea stâlpilor proiectați și produși de alți furnizori. Astfel, entitatea contractantă, prevăzând în mod clar posibilitatea ofertării și a altor stâlpi cu condiția testării, rezultă, cu certitudine, că nu este obligatorie prezentarea celor proiectați de .... În același timp, a impune unui furnizor să renunțe la avantajul său competițional licit, respectiv folosirea propriilor stâlpi, urmând să folosească alții netestați, pentru a fi pe picior de egalitate cu contestatoarea, nu concordă cu niciunul dintre principiile și scopurile achizițiilor publice. Consiliul și entitatea nu pot interpreta dispozițiile legale în sensul înlăturării din competiție a respectivei asocieri doar pentru faptul că are în portofoliu un produs deja testat, în condițiile în care nu s-a încălcat nicio dispoziție legală.

Contestatoarea aduce în discuție Clarificarea Set 2 nr. 37321/07.09.2018, respectiv punctul 13, cu următorul conținut: **Este posibil să se propună un tip nou de stâlp metalic? Dacă da, este necesară testarea şi omologarea stâlpilor?**

Răspuns: ***Trebuie respectată gama de stâlpi din documentația de licitatie. În situaţia în care, după realizarea fazei de proiectare rezultă ca necesare anumite modificări/ corecţii asupra construcţiei metalice a stâlpului, acestea se vor opera cu încadrarea în cerinţele tehnice ale documentaţiei de licitaţie şi cu respectarea suprafeţelor de teren expropriate***.

Astfel, contestatoarea arată că expresia *"trebuie respectată gama de stâlpi"*, nu s-a permis ofertanților propunerea de produse similare.

Consiliul reține că respectivul răspuns nu a fost contestat la momentul emiterii lui, astfel că ofertanta a înțeles să și-l însușească. Prin urmare, la acest moment nu se mai poate plânge că ar fi defavorizată în raport cu ofertanta câștigătoare. De altfel, contestatoarea nu a dovedit, în niciun fel, că asocierea câștigătoare ar beneficia de un avantaj competițional ilicit, fiind îndeobște acceptat în materia achizițiilor publice ca antreprenorii să folosească propriile produse, în măsura în care sunt și producători, acest lucru nefiind de natură să conducă la respingerea unui ofertant în această situație. Astfel, nicio normă nu impune ca ofertanții să își înlăture propriile produse din conținutul ofertei proprii, iar faptul că acest lucru îi generează o economie nu poate fi decât benefic pentru entitatea contractantă.

Consiliul nu poate reține ca relevantă susținerea contestatoarei referitoare la existența unui preț neobișnuit de scăzut al Asocierii ..., în condițiile în care această ofertă are un preț comparabil cu valoarea estimată, respectiv de 96,99% din valoarea estimată, o diferență de 3 procente fiind una firească. Dimpotrivă, nefirească și neuzuală este participarea la procedură cu o ofertă mult peste valoarea estimată, în condițiile în care nicio dispoziție a documentației de atribuire nu lasă să se

înțeleagă că există fonduri suplimentare disponibile, și chiar dacă ar exista, valoarea propunerii financiare a contestatoarei depășește și limita posibilă din punct de vedere legal, de 15% față de valoarea estimată.

În același timp, este lipsită de relevanță și susținerea contestatoarei referitoare la ,,avantajul semnificativ'' de ordin financiar pe care entitatea contractantă l-a creat pentru ofertantul declarat câștigător, respectiv acela că, pentru a produce o serie de stâlpi noi, ar fi trebuit să plătite testele de tip, în timp ce produsele sale au fost testate în cadrul altor proiecte ale ... și că nu există alt organism național care să omologheze şi să certifice acești stâlpi, în condițiile în care sunt certificate doar de client, în cazul de faţă .... Astfel, în condițiile în care această critică ar fi admisă, oricum singurul organism de omologare ar fi tot ..., nefiind posibilă în timpul necesar înființarea unui organism independent, după cum nu ar fi nici utilă, în condițiile în care transportul energiei electrice se face de .... De altfel, omologarea produselor de către client nu reprezintă o practică neobișnuită nici în România și nici în alte state europene. Astfel, de pildă, aparatura medicală este autorizată de organisme specializate ale Ministerului Sănătății, or în cea mai mare parte, acestea sunt achiziționate tot de Ministerul Sănătății. Contestatoarea ar putea dovedi o vătămare dacă ar fi demonstrat că a încercat să omologheze un produs, în cazul de față stâlp, iar entitatea i-ar fi refuzat omologarea și testarea. În condițiile de față, nu este vorba de un avantaj nelegal acordat asocierii câștigătoare, ci de o situație de fapt existentă pe piața de specialitate, ofertantul având dreptul să folosească tipul de stâlp omologat.

De altfel, indicatorii tehnico-economici ai investiției sunt, deja, aprobați prin Ordinul nr. 1444/2016 al Ministerului Economiei, Comerţului şi Mediului de Afaceri privind aprobarea indicatorilor tehnico-economici ai obiectivului de investiţii "Linia electrică aeriană (LEA) 400 kV dublu circuit (d.c.) Cernavodă - Stâlpu şi racord în staţia Gura Ialomiţei", publicat în Monitorul Oficial, Partea I nr. 1032 din 21 decembrie 2016, or acest document se bazează pe următoarele:

- Decizia Consiliului de administraţie nr. 7 din 6 martie 2012 al ... - S.A. privind aprobarea documentaţiei tehnico-economice şi indicatorii tehnico-economici pentru obiectivul de investiţii "LEA 400 kV Cernavodă - Stâlpu şi racord în staţia Gura Ialomiţei";

- Decizia nr. 325 din 5 aprilie 2016 a Directoratului ... - S.A. de aprobare a actualizării documentaţiei tehnico-economice (Studiul de fezabilitate), a devizului general reactualizat în data de 16 martie 2016 şi a indicatorilor tehnico-economici ai investiţiei "LEA 400 kV d.c. Cernavodă - Stâlpu şi racord în staţia Gura Ialomiţei";

- Decizia Autorităţii Naţionale de Reglementare în Domeniul Energiei nr. 1.529 din 1 iulie 2014 de aprobare a "Planului de dezvoltare a reţelei electrice de transport pentru perioada 2014-2023", elaborat de ..." - S.A., în care este prevăzut şi proiectul "LEA 400 kV dublu circuit Cernavodă - Stâlpu şi racord în staţia Gura Ialomiţei";

- prevederile art. 2 alin. (3) lit. d1) şi al art. 5 din Legea nr. 255/2010 privind exproprierea pentru cauză de utilitate publică, necesară realizării unor obiective de interes naţional, judeţean şi local, cu modificările şi completările ulterioare, şi al art. 4 alin. (3) din Legea

energiei electrice şi a gazelor naturale nr. 123/2012, cu modificările şi completările ulterioare;

- Referatul nr. 251.806 din 26 octombrie 2016 aprobat de conducerea Ministerului Economiei, Comerţului şi Relaţiilor cu Mediul de Afaceri,

neputând fi puse în discuție, la acest moment, soluțiile adoptate de entitatea contractantă.

Consiliul consideră deosebit de relevante și susținerile entității contractante care arată că la formularea răspunsurilor la clarificări referitoare la stâlpi a avut în vedere următoarele:

- documentaţia supusă achiziţiei este realizată de către un proiectant de specialitate independent (care nu are niciun rol în procedura de achiziţie) prin care s-a stabilit soluţia tehnică de construcţie a liniei electrice aeriene;
- în baza acestei soluţii tehnice s-au desfăşurat etapele anterioare de aprobare a investiţiei, de stabilire a traseului liniei şi a suprafeţelor de teren necesare pentru construcţia fundaţiilor stâlpilor, suprafeţe ce au fost expropiate prin HG nr. 805/2017; modificarea soluţiei tehnice, prin propunerea de folosire a unei alte game stâlpi ar fi presupus schimbarea datelor din intregul proiect (avize, acord de mediu, suprafeţe ocupate, decizii de expropiere, sumele pentru despăgubiri, etc), fără a avea controlul acestor schimbări, fără asumarea de către proiectant a noii soluţii tehnice, ceea ce conducea la achiziţionarea unei lucrări pentru care se abandonau toate activităţile parcurse cu succes până la acestă dată şi s-ar fi invalidat toate avizele/ acordurile/ autorizaţiile/ HG obţinute anterior pentru realizarea investiţiei;
- prin răspunsul nr. 10 din cadrul setului 4 de clarificări s-a specificat *„Contractorul va verifica prin calcul computerizat toţi stâlpii după care va proiecta detaliile de execuţie şi montaj. Se înţelege prin aceasta că îşi va asuma responsabilitatea proiectelor de stâlpi, în conformitate cu art. 19 "Proiectarea de către Antreprenor" din Contract - Condiţii Generale"* condiţie valabilă pentru toţi ofertanţii.

De altfel, Consiliul este întrutotul de acord și cu argumentul entității contractante potrivit căruia înlocuirea tipului de stâlpi din proiect, cu un alt tip de stâlpi, nu ar fi fost o simplă propunere de înlocuire cu produse similare aşa cum afirmă contestatoarea, ci modificarea soluţiei tehnice, aspect care ar necesita schimbarea întregii documentații întocmită până în acest moment, cu implicații deosebite asupra realizării investiției.

Astfel, Consiliul consideră că **nu entitatea trebuie să se raporteze la posibilitățile ofertanților, ci aceștia trebuie să se adapteze nevoilor entității, nevoi stabilite prin acte care nu au fost atacate de ofertanta contestatoare**.

În ceea ce privește încălcarea de către entitatea contractantă a prevederilor art. 219 din Legea nr. 99/2019 alin. (1) lit. a) şi b) respectiv a atribuit contractul unui ofertant a cărui garanție de participare depusă online în sistemul electronic SEAP, nu era validă la data depunerii ofertei, contestatoarea arată că la baza Certificatului de Garantare Irevocabil (Formularul 2) emis de Eximbank cu privire la ofertantului declarat câștigător (fila 165 din dosarul achizitiei) stă Contractul de asigurare cu

clauzele sale speciale şi generale. În Clauza de Garantare pentru Licitații – Condiții speciale încheiată între asiguratorul ofertantului declarat câștigător şi acesta din urmă, se menționează la art. 6:

„Prezenta asigurare de garanție produce efecte şi este în vigoare după cum urmează:

Începând cu data intrării în vigoare şi până la data expirării valabilității astfel cum sunt menționate în polița de garantare, cu condiția emiterii de către Asigurat în favoarea Asiguratorului, prin:

- *SC ...SA, în calitate de Lider al Asocierii, a unui bilet la Ordin stipulat „Fără Protest", pentru 57% din suma asigurată, respectiv 1.653.000 lei*
- *SC ... CLUJ SA, în calitate de Asociat a unei scrisori de garanție bancară irevocabilă, necondiţionată, plătibilă la prima cerere pentru 20% din suma asigurată, respectiv 580.000 lei.*
- *SC ... SA în calitate de Asociat, a unui bilet la ordin stipulat „Fără Protest" pentru 23% din suma asigurată, respectiv 667.000 lei.*

Contestatoarea susține că până la data şi ora-limită de depunere a ofertei, condiția suspensivă din contractul de asigurare trebuia îndeplinită şi în lipsa îndeplinirii acesteia, validitatea garanției de participare poate fi pusă în discuție.

Consiliul reține că, în legătură cu aspectul invocat de contestatoare, entitatea contractantă a solicitat ofertantului Asocierea ... SA, prin adresa nr. 46458/30.10.2018, în baza art. 138 alin. (3) din HG nr. 394/2016, dovada plăţii primei de asigurare.

Asocierea ...SA - ...SA - ...SA a transmis răspunsul său însoțit de o adresă din partea asigurătorului - Compania de asigurări-reasigurari ... SA, prin care asigurătorul confirma următoarele: "***Prin prezenta confirmăm autenticitatea şi valabilitatea Poliţei de garantare pentru licitaţii seria GL nr. 0019060/25.10.2018, pentru perioada 25.10.2018-01.03.2019, în conformitate cu prevederile legale în vigoare şi cu condiţiile contractuale de asigurare. Confirmăm faptul că, asiguratul Asocierea ... SA, reprezentată prin lider de asociere SC ... SA, şi-a onorat obligaţia de plată a primei de asigurare şi a constituit garanţiile colaterale solicitate."***

Prin urmare, existând o poliță valabilă, asigurătorul recunoscând valabilitatea sa la data deschiderii ofertelor, autoritatea contractantă nu avea motiv să îl respingă pe ofertantul respectiv.

Contestatoarea mai invocă și avantajarea asocierii câștigătoare prin solicitarea de clarificări. Astfel, aceasta arată că Asocierea ... omisese să transmită fişele tehnice la 6 dintre elementele din propunerea tehnică, or atașându-le prin răspunsul la solicitarea de clarificări, aceasta şi-a modificat propunerea tehnică.

Consiliul reține că din cuprinsul procesului verbal nr. 5256/31.01.2019 privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini, rezultă că pentru o serie de specificații tehnice, prevăzute la punctele 74, 75, 79, 82, 83, 84 nu au fost încărcate și fișele tehnice aferente. Consiliul reține că toate aceste fișe tehnice priveau componente accesorii, dintr-un ansamblu. Astfel, la pct. 74 este vorba de lanțuri de izolatoare și accesorii, dar componenta armour rod

(care este o piesă de mici dimensiuni, de legătură, accesorie) fiind menționată în propunerea tehnică. La punctul 75 este vorba de caracteristicile principale ale conductorului de protecție, în condițiile în care acest conductor este prevăzut în propunerea tehnică. La punctul 79 este vorba despre prezentarea specificațiilor tehnice pentru conductorul cu protecție de fibră optică, de asemenea, prezentat în ofertă. La punctul 82 este, de asemenea, vorba de specificațiile tehnice pentru accesorii tip OPGW, de asemenea, prevăzute în propunerea tehnică. La punctele 84 și 85 este vorba tot de accesorii mărunte, ofertate, de asemenea, în propunerea tehnică.

Potrivit art. 221 din Legea nr. 99/2016, ,,(1) În cazul în care **informaţiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate, o<u>ri în cazul în care lipsesc anumite documente</u>**, **entitatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanţilor/candidaţilor clarificări şi, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceştia în cadrul ofertelor/solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal şi transparenţei**.

(2) Entitatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariţia unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.

Totodată, dispozițiile art. 140 alin. (1) din HG nr. 394/2016 stabilesc următoarele: ,,Comisia de evaluare va stabili termenul- limită în funcţie de volumul şi complexitatea **clarificărilor şi completărilor formale sau de confirmare necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte**''.

Prin urmare, legislația incidentă nu se opune clarificărilor și completărilor formale sau de confirmare, prevederile art. 221 alin. (1) citat mai sus stabilind chiar posibilitatea solicitării completării documentelor care lipsesc din ofertă. Bineînțeles că autoritatea nu poate permite unui ofertnat să depună toate documentele prin răspunsul la solicitările de clarificări, acesta fiind, în mod clar, un avantaj, dar, apreciind în concret, în funcție de complexitatea ofertei depuse, poate solicita inclusiv completarea ofertei cu fișele tehnice, așa cum s-a întâmplat în situația de față. Astfel, elementele pentru care contestatoarea nu a prezentat fișe tehnice sunt unele accesorii, cu pondere mică în lucrare, dar chiar și în situația în care ar fi avut o pondere mai însemnată, din moment ce se regăsesc ofertate, nedepunerea fișei este un viciu de formă.

Intervenienta merge în apărările formulate și mai departe, arătând că, *a fortiori*, inclusiv în situația în care nu ar fi prevăzut deloc aceste elemente, oricum oferta sa nu putea fi respinsă, din moment ce sunt sub 1% din valoarea totală a ofertei, lipsa lor încadrându-se în categoria abaterilor tehnice minore, argument care trebuie luat în considerare.

Prin urmare, în condițiile în care prin prezentarea celor 6 fișe tehnice lipsă nu s-a produs nicio modificare a elementelor tehnice deja ofertate, ci dimpotrivă, acestea vin în sprijinul propunerii tehnice, nu există niciun motiv a considera că ofertanta câștigătoare ar fi fost favorizată, solicitările

de clarificări fiind în deplină concordanță cu prevederile art. 221 alin. (1) din Legea nr. 99/2016.

Față de cele constatate, Consiliul reține că este nefondată contestația ... SA în ceea ce privește neconformitatea/inacceptabilitatea ofertei asocierii ... SA sau în ceea ce privește nelegalitatea garanției de participare.

Drept urmare, în condițiile date, Consiliul urmează a analiza interesul contestatoarei de a reintra în procedura de atribuire, în condițiile în care prețul său este mult mai mare decât valoarea estimată și în condițiile în care există o ofertă admisibilă.

Consiliul consideră relevante în cauză următoarele dispoziții legale:

-art. 2 din Legea nr. 101/2016: ,,(1) Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorităţi contractante sau prin nesoluţionarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorităţii contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicţională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi.

-art. 3 alin. (1) lit. f) persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplineşte cumulativ următoarele condiţii:

(i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; şi

(ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecinţă a unui act al autorităţii contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluţionării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire.

-Art. 33 din codul de procedură civilă:

Interesul de a acţiona

Interesul trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut şi actual. Cu toate acestea, chiar dacă interesul nu este născut şi actual, se poate formula o cerere cu scopul de a preveni încălcarea unui drept subiectiv ameninţat sau pentru a preîntâmpina producerea unei pagube iminente şi care nu s-ar putea repara.

-art. 228 alin. (4) din legea nr. 99/2016: ,,Oferta este considerată inacceptabilă dacă nu îndeplineşte condiţiile de formă aferente elaborării şi prezentării acesteia, a fost prezentată de către un ofertant care nu are calificările necesare **sau al cărei preţ depăşeşte valoarea estimată, astfel cum a fost stabilită şi documentată înainte de iniţierea procedurii de atribuire, iar această valoare nu poate fi suplimentată**".

-Art. 143 din HG nr. 394/2016: (1) Comisia de evaluare are obligaţia de a respinge ofertele inacceptabile şi neconforme.

(2) În condiţiile art. 228 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situaţii:

f) preţul, fără TVA, inclus în propunerea financiară depăşeşte valoarea estimată comunicată prin anunţul de participare şi, deşi există posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea contractului respectiv, se constată că acceptarea unei astfel de oferte **ar**

conduce la modificarea substanţială în sensul depăşirii procentelor de la art. 241 alin. (1) lit. b) din Lege"

-Art. 241 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 99/2016: "b) valoarea modificării este mai mică de 10% din preţul iniţial al contractului sectorial de servicii sau de produse sau mai mică de 15% din preţul contractului sectorial de lucrări."

Așa cum s-a arătat mai sus, din moment ce documentele aflate în mod legal la dispoziția entității dovedesc că valoarea ofertată de contestatoare este mai mare decât valoarea estimată, aspect recunoscut de contestatoare, se pune în discuție interesul contestatoarei în promovarea demersului referitor la declararea admisibilității ofertei sale. Astfel, chiar dacă entitatea nu a ajuns cu evaluarea ofertei contestatoarei la verificarea propunerii financiare, în măsura în care Consiliul ar stabili, prin decizia sa, că oferta contestatoarei este admisibilă, oricum aceasta ar fi declarată mai târziu inacceptabilă, în temeiul art. art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016. Chiar dacă ar exista fonduri disponibile suplimentare, entitatea contractantă nu are posibilitatea majorării peste procentul de 15% din preţul contractului sectorial de lucrări o astfel de modificare fiind considerată una substanțială, în temeiul art. 241 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 99/2016, text la care face trimitere art. 143 alin. (2) lit. f) din HG nr. 394/2016. Mai mult, chiar dacă depășirea valorii estimate s-ar încadra în limita de 15 %, din aplicarea criteriului de atribuire ofertanta contestatoare nu ar putea niciodată să ajungă câștigătoarea contractului. Prin urmare, indiferent de soluția adoptată de Consiliu, de admitere sau de respingere a contestației în ceea ce privește îndeplinirea cerinței referitoare la experiența similară, aceasta nu i-ar aduce contestatoarei niciun beneficiu, oferta sa urmând a fi respinsă. Astfel, din moment ce nu ar exista, practic, posibilitatea ofertantei contestatoare de a câștiga contractul a cărui atribuire se urmărește, respectiv nu există folos practic, material sau moral, ce trebuie urmărit prin promovarea oricărei acțiuni în instanță, demersul său este unul pur teoretic, fără finalitate practică, în condițiile în care oferta sa oricum ar fi declarată inadmisibilă, dispozițiile legale citate mai sus fiind unele indubitabile în legătură cu soarta ofertei sale.

Consiliul mai reține că într-o speță în care s-a reținut de către Consiliu posibilitatea majorării valorii estimate și admisibilitatea ofertei aflată într-o asemenea situație, Curtea de apel București a stabilit în decizia sa 5367/2018 următoarele:

,,Așadar, depunerea unei oferte a cărei valoare depășește valoarea estimată a contractului de achiziție publică nu poate atrage în mod automat sancțiunea respingerii ca inacceptabilă a respectivei oferte. Pentru a determina acceptabilitatea sau inacceptabilitatea ofertei, autoritatea contractantă este obligată să verifice dacă există posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică și dacă acceptarea unei asemenea oferte nu conduce la incidența vreunuia dintre cazurile prev.de art.227 alin. 7 din Legea nr. 98/2016.

Curtea constată astfel că în procedura de atribuire inițială, documentația nu a prevăzut posibilitatea alocării de fonduri suplimentare,

această ipoteză apărând abia la data de 05.02.2018, odată cu emiterea de către comisia de evaluare a adresei nr.12B/1428/05.02.2018 către Compartimentului intern din cadrul C .... (Direcția Generală Economică și Financiară) pentru emiterea unui punct de vedere specializat cu privire la posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare față de valoarea estimată a contractului având ca obiect proiectare și execuție „.....”), în răspunsul primit prin adresa nr. 14A/1646/08.02.2018 făcându-se referire la prevederile art.19 alin.3 din Legea bugetului de stat, Legea nr. 500/2002, fără a se indica că ar exista această posibilitate, doar cu recomandarea de a se adresa compartimentului de specialitate din cadrul C.... care ar avea competențe în acest sens.

Așadar, autoritatea contractantă nu a avut și nici nu are, din punctul de vedere al Curții, dovada că există fonduri suplimentare care se pot disponibiliza, reținând în acest sens și argumentul petentei în sensul că și valoarea acestora este important de știut, deoarece, prin absurd, sumele suplimentate nu ar acoperi valoarea ofertei intimatei declarate câștigătoare a procedurii.

Chiar dacă am trece peste aceste argumente și am aprecia că ar exista posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare, Curtea nu poate ignora principiul transparenței și al egalității de tratament între ofertanți care a fost încălcat, deoarece ofertanții nu au fost anunțați în mod transparent de această posibilitate, pentru conceperea ofertelor din punct de vedere tehnic și ulterior financiar corespunzător. Curtea îmbrățișează argumentul petentei, în sensul că, dacă ar fi cunoscut în mod transparent această posibilitate, ar fi gândit oferta tehnică în alt mod, ar fi avut propuneri tehnice superioare, cu consecința creșterii ofertei financiare, dar și a șansei reale de obținere a contractului.”

Prin urmare, Curtea a apreciat că informațiile referitoare la posibilitatea majorării valorii estimate trebuie să fie adusă la cunoștința tuturor ofertanților, în mod transparent, încă din conținutul documentației de atribuire, în caz contrar încălcându-se principiul transparenței și egalității de tratament. În cazul de speță, entitatea contractantă nu a publicat vreo informație în acest sens și nici nu există vreo informație că ar avea fonduri suplimentare.

Față de circumstanțele speței, Consiliul nu va mai analiza fondul criticilor referitoare la neîndeplinirea cerințelor de calificare de către ofertanta contestatoare, urmând a admite excepția lipsei de intere a contestatoarei invocată de entitate și de intervenientă, contestația fiind, sub acest aspect, lipsită de interes.

În același timp, Consiliul reține că trimiterea spre reevaluare a ofertei contestatoarei ar fi contrară inclusiv interesului public, în contextul în care aceasta ar fi pur formală, în condițiile în care soarta ei este, oricum, cunoscută, dispozițiile legale fiind unele clare. Un astfel de demers nu ar face altceva decât să tergiverseze realizarea investiției, în contextul în care contestatoarea nu are șanse să își adjudece contractul.

În consecinţă, luând în considerare cele mai sus menţionate, în temeiul art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge contestația formulată de ... SA, în contradictoriu cu ...” SA după cum urmează:

- ca nefondată în partea dedicată admisibilității ofertei ... SA;
- ca lipsită de interes în partea dedicată admisibilității propriei oferte.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţile cauzei, în conformitate cu dispoziţiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

În temeiul art. 67 din codul de procedură civilă, Consiliul va admite cererea de intervenție în favoarea entității contractante formulată de ... SA, în calitate de lider al ... SA.

Pentru aceste motive,
în baza legii şi a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, respinge contestația formulată de SC ... SA, în contradictoriu cu ...” SA după cum urmează:

- ca nefondată, în partea dedicată admisibilității ofertei ... SA;
- ca lipsită de interes, în partea dedicată admisibilității propriei oferte.

În temeiul art. 67 din codul de procedură civilă, admite cererea de intervenție în favoarea entității contractante formulată de .... SA.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţile cauzei, în conformitate cu dispoziţiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare.

PREŞEDINTE, MEMBRU, MEMBRU,
.....

Redactată în 5 (cinci) exemplare, conţine 75 (șaptezeci și cinci) pagini.